R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI

DONATI DAL

DOTTOR ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1º Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

ARNOLDI VINNII, JC.

TRACTATUS QUATUOR

DE

PACTIS, JURISDICTIONE, COLLATIONIBUS, ET TRANSACTIONIBUS.

Quibus additæ ſunt

SIMONIS VINNII

ARNOL. FIL.

ORATIONES

Duæ, & alia quædam,

CUM

INDICIBUS LOCUPLETISSIMIS.

Editio Sexta auctior, & prioribus emendatior.



AMSTELODAMI,
Expenſis STEPHANI ABBATIS.
Anno M.DCC.XVII.

Digitized by Google

B. 17. 4. 18
B. 17. 4. 48

Digitized by Google

Nobiliſſimis & Ampliſſimis Viris,

D. D. PRÆTORI, CONSULIBUS, CETERISQUE PROCERIBUS REIPUBL. HAGACOMITENSIS.

NOBILES ET AMPLISSIMI VIRI,

ANNUS jam vertitur undeviceſimus, ex quo impetrata honeſta miſſione præfecturam ludi veſtri literarii depoſui, poſtquam in ea functione an-

Digitized by Google

nos prope tredecim verſatus fueram. Quo quidem toto tempore ita me in eodem munere geſſi, ut plane perſuaſum mihi habuerim, fidem, ac ſedulitatem meam & veſtræ amplitudini, & bonis omnibus ſpectatam fuiſſe, probatamque cunctis, non iniquis omnino aut imperitis rerum æſtimatoribus. Sed & vos eam in me voluntatem ac beneficentiam ſemper oſtendiſtis, ut dubitare non debuerim, quin quicquid uſui nobis atque ornamento eſſe potuiſſet, id libenter & cupide curaturi fuiſſetis: cujus rei nulla unquam me capiet oblivio. Et quamvis ex eo, quod hactenus nulla re palam teſtatus ſum meum erga vos ſtudium atque obſervantiam, fortaſſis aliquis ſuſpicaturus ſit, deletam jam dudum apud me ac ſepultam eſſe omnem veſtrorum in me meritorum memoriam; tamen ſic velim vobis perſuadeatis, me & amplitudinis veſtræ obſervantiſſimum ſemper fuiſſe, & acceptorum quondam a vobis beneficiorum ſemper memorem fore, dum memor ipſe mei. Neque vero unquam ego de mutando genere functionis cogitaſſem, aut ad eam, quam nunc per gratiam Dei publice profiteor, diſciplinam me contuliſſem, niſi fato ad juriſprudentiam, cui ab adoleſcentia totum me tradideram, tota indole latus fuiſſem. Noveram coacta ingenia male reſpondere, & occurrebat tritum illud, nihil invita Minerva. Quamobrem etſi per ceterarum quoque honeſtarum artium cultum bonam ætatis partem tranſegeram, ut vel cuivis functioni literariæ abunde ſufficere poſſe viderer; tamen etiam hoc ipſo ad profeſſionem juris

ris amplectendam & vel magis incitabar; gnarus diſciplinam juris ita eſſe comparatam, ut niſi ab hujuſmodi præſidiis opem petat, cum omni ſuo apparatu atque honore, & tantum non ingenuitate ſpoliari neceſſe ſit. Quin & jam cum adhuc ludo veſtro præeſſem, præludere cœpi, & ſubciſivis temporibus ingenio meo furtim obſecundare. Teſtes ſunt illæ partitiones noſtræ juris civilis, ſive quatuor illi libri Juriſprudentiæ contractæ, quos eodem tempore & compoſui, & Hagæ veſtræ Comitis typis excuſos etiam evulgavi. Poſtquam autem Deo Opt. Max. ſic ordinante juris civilis interpretandi munus in illuſtri Bataviæ noſtræ Lycæo mihi impoſitum eſt, ex eo tempore majus otium nactus ad hæc ſtudia magis ſerio & bona fide tractanda atque excolenda, variis ſcriptis, & iis quidem, quæ ſummorum virorum judicio digna viſa, quæ lucem aſpicerent, egregiam meam voluntatem de juriſprudentia omnique re literaria bene merendi; & quantum in me eſt, commoda ſtudioſæ legum juventutis promovendi, teſtatus ſum. Ceterum in nullo horum aliquod grati erga vos animi documentum dedi, & obſervantia illa, qua, ut par eſt, vos ſemper colui, hactenus publico teſtimonio apud amplitudinem veſtram caruit. Quod equidem non ſine rubore cogor agnoſcere: & ut verum fatear, non defuit facultas. Sed apud æquos & bonos judices etiam moræ purgatio eſt. Quapropter cum in præſentia & res & tempus occaſionem mihi obtuliſſent hunc erga vos animum & obſervantiæ ſtudium publice teſtificandi, feci, quod

of-

officii ſui non omnino ſecuros facere decet, oblatam occaſionem avide arripui: & quia nulla re videbar poſſe ſummam & enixam meam voluntatem oſtendere evidentius, quam ſi operam darem, ut hæc inſigniore aliquo teſtimonio publicata extaret, adhibui quatuor interpretes, qui privatim apud vos, publice apud alios hac opera fungerentur. Quatuor illos Tractatus Academico-forenſes intelligo, quos nomini veſtro dicatos cum eadem teſtificatione in publicum exire juſſi, ut quo pluribus exponeretur hic noſter labor, eo ad plures quoque eadem teſtatio perveniret. Nihil aliud hic mihi propoſitum fuit, Nobiles & Ampliſſimi Viri, quam hoc unum, ut vobis hunc animum & ſingularem voluntatem meam præclaro aliquo elogio teſtatam facerem, atque a me amolirer, quod in homines ingratos & beneficiorum immemores vulgo dici ſolet, *μετὰ τὴν δόσιν τάχιστα γηράσκει χάρις*. Confido fore ut etiam vos, pro humanitate veſtra, hoc *μνημόσυνον*, tanquam perpetuæ in amplitudinem veſtram obſervantiæ pignus, accepturi ſitis, vobiſque habituri. Dabam Lugduni Batavorum poſtridie Nonas Aprilis, CIↃ. IↃC. LI.

VV. AA.

obſervantiſſimus

ARNOLDUS VINNIUS.

Digitized by Google

SYLLABUS CAPITUM

TRACTATUS

De Pactis.

I. *Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.* Pag. 1.
II. *De pactis ſeu conventionibus publicis.* 8.
III. *An fides hoſtibus, prædonibus, piratis data ſervanda ſit.* 10.
IV. *De pactis legitimis.* 13.
V. *De conventionibus nudis.* 17.
VI. *De vi nudarum conventionum.* 24.
VII. *Aliarum præter Romanos gentium noſtris hodie moribus, ac jure Canonum ex nuda conventione actionem dari.* 31.
VIII. *De convetionibus non nudis, quæ vulgo pacta veſtita.* 34.
IX. *De pactis incontinenti contractibus adjectis.* 47.
X. *An pacta incontinenti adjecta contractibus ſtricti juris ex parte actoris ſimiliter inſint, ut bonæ fidei judiciis.* 55.
XI. *Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interpoſito cautum.* 62.
XII. *De pactis tacitis.* 66.
XIII. *De pactis in rem & in perſonam, deque eorum vi ac poteſtate.* 74.
XIV. *Qui cum quibus paciſci poſſunt.* 76.
XV. *An quis pactione ſua alteri nocere aut prodeſſe queat.* 83.
XVI. *Quatenus pactum debitoris fidejuſſori, aut fidejuſſoris debitori proſit: & de pacto unius e duobus reis.* 87.
XVII. *De pactis majoris partis creditorum.* 91.
XVIII. *De quibus rebus paciſci poſſumus.* 94.
XIX. *De pactis circa ſucceſſiones.* 99.
XX. *De pactorum ceterarumque conventionum interpretatione.* 106.
XXI. *De effectu & poteſtate pactorum.* 110.

SYLLABUS CAPITUM.

TRACTATUS

De Juriſdictione & Imperio.

I. *De Imperio mero.* 116.
II. *De iis, quæ præcipue circa Imperiam merum quærenda.* 120.
III. *An meri Imperii exercitio mandari poſſit.* 123.
IV. *Soline Principi iiſve, qui ſummam in republ. poteſtatem habent, merum Imperium jure proprio competat, an etiam magiſtratibus, quibus id conceſſum.* 125.
V. *De juriſdictione, quam vocant Simplicem.* 128.

VI. *De*

VI. *De jurisdictione ordinaria & extraord. contentioſa & voluntaria.* 131.
VII. *De mixto imperio.* 133.
VIII. *De jurisdictione propria & mandata.* 137.
IX. *Quando jurisdictio mandata, quatenus & quo effectu translata intelligatur.* 144.
X. *De jurisdictione prorogata.* 147.
XI. *De prorogatione de re ad rem, & de perſona ad perſonam.* 152.
XII. *Quibus modis jurisdictio finiatur.* 156.

SYLLABUS CAPITUM TRACTATUS De Collationibus.

I. *De ſignificatione hujus dictionis* collatio. 161.
II. *Collatio qua contemplatione introducta, aucta aut reſtricta.* 161.
III. *Quid ſit collatio.* 164.
IV. *Inter quos locum habeat collatio.* 166.
V. *An alii præter deſcendentes collatione fungantur.* 170.
VI. *De diverſo jure ſuccedentibus.* 172.
VII. *De mutatione progreſſu temporis facta circa perſonas conferentium.* 174.
VIII. *De filio & ex eo nepote institutis: item de filia instituta, quæ alias extantibus maſculis ſtatuto excluderetur.* 177.
IX. *Quando ſeu qua in ſucceſſione locum habeat collatio.* 179.
X. *De bonis collationi obnoxiis.* 180.
XI. *De collatione adventitiorum.* 183.
XII. *De collatione dotis & donationis propter nuptias.* 185.
XIII. *De collatione ſumtuum præter dotem & donationem propter nuptias.* 189.
XIV. *De collatione lucri, quod filiiſam. induſtria partum ex re patris: item eorum, quæ relicta per ſpeciem ultimæ voluntatis.* 195.
XV. *De collatione ſimplicis donationis.* 198.
XVI. *De modo conferendi, & pœna non conferentis.* 204.
XVII. *De fine & effectu collationis.* 209.

SYLLABUS CAPITUM TRACTATUS De Tranſactionibus.

I. *De uſu verbi* tranſigere, *quid ſit tranſactio, & quid differat a pacto.* 212.
II. *Quibus modis tranſactio fiat.* 215.
III. *Qui tranſigere poſſunt.* 218.
IV. *De quibus tranſigere poſſumus.* 224.
V. *De tranſactione facta ſuper his, quæ teſtamento relicta.* 231.
VI. *An & quatenus de alimentis tranſigere liceat.* 235.
VII. *Quatenus in cauſis criminalibus tranſactio permiſſa.* 245.
VIII. *De vi & effectu tranſactionis.* 263.

AK-

ARNOLDI VINNII J.C. TRACTATUS DE PACTIS.

TH. 1. 67

CAPUT I.

Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.

1 *Pacti & pactionis definitio.*
2 *Pactum & pactio idem*, & No.5.
3 *Pactum generali ſignificatione idem, quod conventio*, & No.7.
4 *Actu plus eſt in ſpecie, quam in genere: genus ſymbolum communis ſpecierum eſſentiæ.*
5 *Generali appellatione pacti etiam contractus nominatos contineri.*
6 *Prætorem edicto de pactis edicere de conventionibus omnibus.*
7 *Pacta conventa quomodo prætor ſervet.*
8 *Cur in definitione mentio fiat duorum aut plurium?*
9 *Quid ſit illud* in idem.
10 *Pactum ſpeciali ſignificatione paſſim pro pacto nudo.*
11 *Pactum conventum, nihil aliud quam pactum per ſe poſitum.*
12 *Pactum conventum proprie non eſt pactum ἔγγραφον.*
13 *Quod noſtris pactum conventum dicitur, Græci Juriſconſulti reddiderunt σύμφωνον ſimpliciter.*
14 *Si quando pactum, aut pactum conventum pro inſtrumento pacti uſurpatur, tropica locutio eſt, non propria.*

1 PACTUM ſive pactio eſt duorum vel plurium in idem placitum & conſenſus. *Placitum & conſenſus.* Conſtant. Harmenop. *lib.*1. *tit.*9. *c.*1. ἀρέσχεια κ̀ συγκατάθεσις, *Synopſ. Attaliatæ tit.*6. ἀρέσχεια καὶ συναίνεσις. In Pandectis Florentinis legitur, *in idem placitum conſenſus.* Ceterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur pactio ab Ulpiano in *l.*1. §.2. *hoc tit.* & eodem modo ab eodem auctore pactum in *l.*3. *de pollicit.*

2 Unde apparet utrumque idem eſſe, atque æque late vocis utriuſque ſignificationem patere, contra quam exiſtimat Duarenus ad *d.l.* §.2. *hoc tit.* In una *l. juris gentium* 7. §. *ſed cum nulla* 4. & *aliquot* §§. *ſeqq. eod.* plus ſexies promiſcue pacti & pactionis verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici jus, quod ex pacto exiſtit, ſive obligationem ex actu paciſcendi natam: ſed ſine ulla auctoritate, ullave vel in ſpeciem

probabili ratione. Nam in *l.*1. §.1. *eod.* tantum grammatica quædam affertur deductio.

3 Sed & pactum generali ſignificatione non minus late patet, quam nomen conventionis, & contractus quoque omnes continet; quod & ipſum definitio pacti evidenter oſtendit. Etenim ſi contractus quoque omnis eſt duorum vel plurium in idem conſenſus, neceſſario unum ex his tribus ſequitur, ut aut contractus idem ſit, quod pactum, aut genus pacti, aut pacti ſpecies: atqui nec idem eſt, quod pactum, nec genus pacti, aut pacti ſpecies, ac de eo inter omnes convenit: neceſſe igitur eſt pacti eſſe ſpeciem.

4 Nihil officit, quod plus eſt in contractu, quam in pacto generaliter ſumto: nam ſemper actu plus eſt in ſpecie, quam in genere. Quippe genus non eſt particeps differentiarum, *οὐ μετέχει τῶν διαφορῶν*, ut docet Ariſtoteles *Philoſ.*7. 12. & ut Porphyrius *c.*3. *διαφορά ἐστιν ἡ περισσεύει τὸ εἶδος τοῦ γένους*. & mox, *γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς τῶν ὑφ' αὐτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίας*. Ideſt, *genus quidem potentia omnes habet differentias, quæ ſub ipſo ſunt, actu vero nullas*. Etſi autem tota eſſentia ſpecici non eſt in genere: tota tamen generis eſſentia æqualiter ineſt in ſingulis ſpeciebus; ſemperque genus, ut latius patens, de ſpecie ſua prædicatur, & non convertitur. Ut ecce, homo eſt amplius quid, quam animal ſeu corpus animatum ſentiens; omnis tamen homo eſt animal: e converſo vero non omne animal eſt homo. Similiter contractus eſt aliquid amplius, quam pactum in genere ſumtum, ſeu duorum vel plurium in idem placitum: omnis tamen contractus eſt pactum ſive plurium in idem placitum. At vero ex contrario non omne pactum eſt contractus: verbi cauſa pactiones ad liberandum comparatæ, placita de contrahendo, puta emendo, permutando, &c. conventiones legitimæ, necnon negotio alicui adjectæ, licet ſint pacta, contractus tamen non ſunt. Unde Græci Juriſconſulti pactum, quod *σύμφωνον* vocant, fieri dicunt *ἐπὶ τῷ συστῆναι, ἢ διαλυθῆναι* ad contrahendum vel diſtrahendum: contractum vero *ἐπὶ τὸ συνίστασθαι συνοχήν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον*, ad conſtituendam obligationem, & alterum alteri reddendum obnoxium.

5 Hoc quod dicimus, verum eſſe manifeſte quoque arguunt hi loci, *l.ſi domus* 8. *l.ſolent* 15. *de præſcript. verb. l.legem* 10. *C. hoc tit.* ubi inter pactum nudum & non nudum hæc diſtinctio ponitur, quod illud actionem non pariat, ex hoc autem naſcatur actio præſcriptis verbis, item *l.*6. *C.de jur. dot.* in cujus ſpecie matris pactum dicitur actionem præſcriptis verbis conſtituere. Conſtat autem inter omnes actionem præſcriptis verbis non dari, niſi *ἐκ συναλλάγματος* ex contractu, *d.l.*7. §.2. *hoc tit.* & paſſ. *tit. de præſcr. verb.*

6 Ad hæc non modo contractus innominatos, verum etiam certo nomine ac forma diſtinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l.duo* 71. *pro ſoc.* quo loco contractum de ſocietate habitum palam eſt nominari

minari pactum conventum ſocietatis ; & mox iterum pactum conventum de ſocietate . Idem quoque evincitur ex eo , quod in *l.ſi unus* 27. §.2. *verſ. idem dicemus , hoc tit.* Paulus ſcribit , conſenſu contractam obligationem, & re integra contrario pacto ſublatam , veluti emti , noviſſimo pacto non reſuſcitari; ſed id pactum proficere ad novum contractum . Quid enim hoc aliud eſt , quam ſi dixiſſet , poſterius pactum novum eſſe contractum , novam emtionem ? Sane ſic idem ille hoc explicat , *l. pacta conventa* 72. *pr. verſ.an idem , de contr. emt.* Item ex *l.traditionibus* 20. *C.hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo a traditione , etiam contractibus nominatis opponitur , veluti emtioni & venditioni ; ac proinde illic appellatione pactorum certum eſt etiam contractus nominatos intelligi, *fac.* §.3. *Inſt.de emt.* Denique cum uſusfructus & ſervitutes prædiorum dicuntur conſtitui pactionibus & ſtipulationibus , §.1. *Inſt. de uſufr.* §.*ult. Inſt.de ſerv.præd.* per pactiones neceſſe eſt, ut intelligamus contractus quoslibet juris gentium comparatos ad dominium aut jus aliquod in rem transferendum . Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti *cap.*1. *de pact. n.*6. *& ſeqq.* necnon eorum quoque errori , qui aſſerunt in uſu juris noſtri non tantum pactum, pactionem, conventionem, ſed etiam contractum pro eadem re ſumi , nihilque intereſſe , contraxiſſe aliqui dicantur , an pacti eſſe vel conveniſſe : hoc enim non minus abſurdum eſt quam ſi quis dicat, idem ſignificare genus & ſpeciem , animal & hominem: pactio enim & conventio nomina ſunt generis , contractus nomen ſpeciei. Itaque etſi qui contraxerunt, etiam pacti eſſe & conveniſſe recte dicuntur, quod ſolum probant: tamen ex converſo non omnes , qui dicuntur pacti , dici poſſunt iniſſe contractum, ut non multo ante demonſtratum eſt,& plenius demonſtrabitur inferius. Venditant illi quidem opinionem ſuam etiam pro communi interpretum ſententia : ſed falſo: ac ne unum quidem reperiri credimus , qui idem aſſerat , aut qui neget , quod illi negant , ea quæ ſub diverſis vocibus idem ſignificant , eſſe ſynonyma aut ἰσοδυναμοῦντα.

7 In edicto prætor conjunxit hæc duo, *pacta conventa, d.l.*7. §.*ait prætor , ff. hoc tit.* Ulpianus interpres edicti definivit pactionem & conventionem,quæ verba in edicto non ſunt:quod & ipſum certum argumentum eſt, pactionem , pactum , conventionem , conventum idem valere & declarare ; quemadmodum etiam convenire & paciſci plerumque pro eodem dicimus . Sic promiſſum & promiſſio , præceptum & præceptio , juſſus & juſſio , inventum & inventio,& ſexcenta hujuſcemodi idem valent & ſignificant: eſtque in hiſce omnibus eadem analogia & ratio. Sed hic quæret aliquis cum D.Cujacio , cur ſi pacti aut pactionis nomen æque generale ſit , atque conventionis, Ulpianus in *l.*1. §.3. *ff.hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat, generale id eſſe ? Reſpondeo perperam ex eo colligi pactionis aut pacti verbum generale non eſſe : nam ex definitione , quæ præcedit , ſatis intelligitur hoc verbum generale eſſe : ſed Juriſconſultus docere voluit etiam conventionis verbum generale eſſe , de quo prima fronte dubitari poterat

Digitized by Google

propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio tranſigunt; quorum conſenſus & factum diſceſſio potius, quam conventio videri poteſt, ut bene Donell. *ad Rubr. C.hoc tit. num.* 10.

8 At dices, huic ſententiæ conſequens eſt, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum eſſe videtur a ſententia prætoris, qui pollicetur ſe pacta conventa ſervaturum, cum contractus ſatis jure valeant ſine tuitione prætoris; & ἄτοπον argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob cauſam poſitum ſit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem remorandam pertinent: ſola autem eo pertineant pacta, quibus id agitur, ne petatur. Hinc denique eſſe, quod poſt edictum propoſitum omnis fere hoc titulo tractatio Juriſconſultorum ſit de iis pactis, quibus quid remittitur; quamquam ſubinde alia miſcentur. Ita diſputat Duarenus *comment. ad l.*1. *ff.hoc tit.& lib.*2. *diſput. cap.*8. Reſpondeo, hoc edicto edicens prætor, de pactis conventis, edicere intelligitur de conventionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d.l.*1. *§.*3. *l.*7. *pr. §.*1. *&* 2. *eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, ſi hoc ſolum prætor polliceretur ſe pacta conventa ſervaturum: nunc autem excipit ea, quæ dolo malo & contra leges facta ſunt; quod eſt ejuſmodi, ut de contractibus fere ſolis ſtatui neceſſe fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adverſus has reus ſatis munitus eſt ipſo jure. Porro illa exceptio doli aliave defenſio, qua repellitur ex contractu agens, æque ad moram judicio afferendam & tuendum reum pertinet, atque illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod ſi vera eſſet ſententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non eſſe pacta; ſed illud potius, non alia eſſe pacta, quam quibus paciſcimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l.*7. *§.quinimo, ff.hoc tit.*

9 Ergo, inquis, verba hæc prætoris, *pacta conventa ſervabo*, ſic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hac aut illa ad ſervandum pactum opus erit? Quid ni vero? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones aut actiones dando, *l.inter coheredes* 44. *§.*1. *fam.ercifc.* Contractus igitur ſervat prætor dando actionem: nam & actiones civiles ſolent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus, *l.*1. *ff.commod.* Servat conventiones alias ſeu pacta nuda, ſiquidem ad liberandum comparata ſunt, dando exceptionem: ſi vero ad obligandum, non aliter actionem dat, quam ſi ſpecialiter jure civili aut honorario confirmata ſint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, *l.*6. *l.*7. *§.quinimo, l.ſi tibi* 17. *§.*2. *ff.hoc tit. l.*1. *ff.de pecun.conſtit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda ſunt, *Quod ejus per leges &c. licebit*, *arg. l.*1. *in fin. ff.ex quib. cauſ. maj.* Si vero dolo malo, adverſus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis eſt, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure noſtro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem naſci: nam tum pacti verbum

in

in ſpecie ſumitur pro pacto nudo, quomodo & paſſim abſolute poſitum a veteribus accipitur, *d.l.7. §.quinimo 5. ff.hoc tit. l.10. C.eod. l.ſolent 15. ff. de præſcr. verb.l.1.C.de pact. conv.tam ſup.dot.* Non enim novum eſt, ut idem verbum & generis nomen ſit, & ſpeciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis, &c. ſatis probant.

10 Quod in definitione mentio fit duorum aut plurium, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates, itidem vota ac pollicitationes, in quibus unius tantum vel teſtantis voluntas, vel voventis aut offerentis promiſſum ſpectatur, *l.12. in fin. de legat.1. l.2. l.3.de pollic.* Intelligo autem pollicitationem proprie dictam, id eſt, quæ fit reipublicæ. Nam id nomen interdum etiam pro promiſſione ſtipulanti facta, & pro pacto convento accipitur, *l.ea quæ 43. §.1. de contr.emt. l.1. §.pen. de dot.coll. l.6. C.de dot. prom. l.5. C.de contr.ſtip.* Votum autem eſt pollicitatio Deo facta, *cap.6. & 7. ext. de vot.* Cicero definit ſponſionem, qua Deo obligamur.

11 *In idem* valet in eandem rem, quæ recipitur, id eſt, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi cauſa: nam ad materiam ſubjectam unumquodque referri debet. Neque enim, verbi gratia, ſi duo juriſperiti, de aliqua juris quæſtione conſulti, idem reſponderint, talis conſenſus pactio aut pactum recte appellabitur. Græci expreſſe addiderunt, ἐπὶ τῷ συστῆναι ἤγουν γενέσθαι, ἢ διαλυθῆναι τί.

12 Effectum igitur hactenus eſt verba hæc, *pactum, pactio, conventum, conventio*, vi ſua generalia eſſe, ejuſdemque omnia ſignificationis. Ceterum, ut ante quoque dictum eſt, pacti nomen etiam ſpecialem ſignificationem habet, & a veteribus paſſim pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur, uſurpari ſolet: atque hoc etiam uſuvenit, cum duo hæc conjunguntur, *pactum conventum, l.7. §.quinimo, l.ſi unus 27. in fin. hoc tit. l.pacta conventa 72. de contr. emt. l.4. l.ult. de pignor. cum ſimilib.*

13 Atque ego quidem exiſtimo idem plane eſſe pactum conventum, quod pactum per ſe poſitum, nullaque in re ab altero differre. Duo hæc ſubſtantiva, *pactum conventum*, junguntur plerumque ἀσυνδέτως, ut & alia quædam, veluti *æquum bonum, purum putum, ſarta tecta*; idque fit rei magis explicandæ gratia καὶ τοῦ αὐτοῦ. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Cæcinn. Quæ judicia, aut ſtipulationis, aut pacti & conventi formula non infirmari aut infringi poteſt, ſi ad verba rem deflectere velimus?* Juvenalis *Satyr.6.*

Conventum tamen & pactum, & ſponſalia noſtra
Tempeſtate paras.

Ubi non ſatis perite Britannicus *conventum* interpretatur cœtum & multitudinem hominum. Seneca 3. *de benefic. Utinam nulla ſtipulatio emtorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impreſſis ſignis cuſtodirentur*, & apud Paulum *lib.1.recept. ſentent.* titulus primus inſcribitur *de pactis & conventis*. Reipſa autem nihil intereſt, utrumque, an alterum ſolummodo exprimatur.

Clau-

14 Claudius Salmaſius, ſeculi decus, putat pactum conventum veteribus proprie eſſe id pactum, quod ſcriptura interveniente factum eſt, magiſtriſque juris omnibus exprobrat hujus rei ignorantiam, *lib. de mod. uſur. cap.* 12. Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctiſſimo viro concedere non debeam, atque exiſtimem injuſte interpretes noſtros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adverſus ſummum virum, qua ille uſus eſt adverſus alios: nec abnuo, quin ille ipſe mihi judex in hac cauſa detur. Primum illud ſatis conſtat, minime quadrare in propriam ſignificationem verbi *conventum*, ut id accipiatur pro ſcripto aut conventionis inſtrumento. Deinde cum in edicto prætor ait ſe pacta conventa ſervaturum, non magis hoc ad pacta ſcripta pertinet, quam ad cetera: quemadmodum nec illud, quod dici ſolet, pacta conventa in continenti adjecta ineſſe bonæ fidei judiciis, *l. 7. §. quinimo 5. ff. hoc tit.* Pacti conventi exceptio noſtris non eſt exceptio pacti ſcripti, ſed pacti cujuslibet ſeu juſtæ conventionis, uti & paſſim promiſcue hæc noſtri uſurpant. Si quis mihi veterum ſcripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies hæc nomina, *pactum*, & *pactum conventum*, confundi atque pro eadem re ſumi. Qui titulus in Pandectis inſcribitur *de pactis dotalibus*, in Codice inſcriptus eſt *de pactis conventis tam ſuper dote*, &c. certum autem eſt utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia ἄγραφα, quam ad ἔγγραφα; nec ulla eſt in toto illo titulo Codicis conſtitutio, in qua hæc duo, *pactum conventum*, juncta invenias; ſed mentio tantum fit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive inſtrumento interpoſiti.

Quinimo ipſa illa *l. 4. ff. de pignorib.* qua D. Salmaſius utitur ad opinionis ſuæ confirmationem, eam perſpicue evertit, aut ego vehementer fallor. *Contrahitur*, inquit Gajus, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciſcatur, ut res ejus propter aliquam obligationem ſint hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, ſicuti eſt & in his obligationibus, quæ conſenſu contrahuntur: & ideo & ſine ſcriptura, ſi convenit, ut hypotheca ſit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Non ait Juriſconſultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis ſcriptura interveniente paciſcitur, ſed generaliter, cum quis paciſcitur; ac proinde etiam cum paciſcitur ἀγράφως. Et quia per pactum conventum hypotheca contrahitur, ait nihil intereſſe, quibus verbis fiat, & poſſe etiam ſine ſcriptura fieri, ac prorſus ita contrahi, ut contrahuntur obligationes nudi conſenſus, in quibus, ut ſubſtantiam capiat obligatio, ſufficit conſenſum quomodocunque declarari, *l. 2. ff. de oblig. & act.* Ex hoc igitur loco Gaji non illud evincitur, quod contendit D. Salmaſius, pactum conventum eſſe, quod ſcripto conſignatum eſt, ſed quod nos aſſerimus, pactum conventum Gajo idem eſſe, quod pactum ſimpliciter ſive nudam conventionem; *fac. l. 1. ff. de pign. act. §. item Serviana 7. in fin. Inſt. de action.* Quod ſi per pactum conventum intelligeret σύμφωνον γεγραμμένον, falſa eſſet collectio Juriſconſulti, ſibique ipſe contradiceret.

Sed

TH.IV. 1037

Digitized by Google

15 Sed neque Græci Juriſconſulti, quod pactum conventum noſtris dicitur, reddiderunt *γραμματεῖον*, ut idem vir illuſtris exiſtimat; verum *σύμφωνον* ſimpliciter. Titulo Codicis *de pactis conventis tam ſup. dote*, &c. reſpondet titulus apud Conſtantinum *περὶ γαμικῶν σύμφωνον*, & in Baſilicis *περὶ προικός, καὶ τῶν περὶ αὐτὴν πάκτων ἤτοι συμφώνων*. Conſtantinus autem cum hypothecam hoc modo definit: *ὑποθήκη μέν ἐστι τὸ παρεχόμενον τῷ χρεώστῃ ὑποτιθέμενον ἢ τῷ δανειστῇ εἰς τὸ γραμματεῖον, ἕνεκεν τῆς τοῦ χρέους ἱκανώσεως*, non interpretatur locum aut verba Gaji in *l.4. ff.de pign. & hypoth.* ſed exprimit ſententiam Ulpiani in *l.9. §.2. ff.de pign.act.* ubi Juriſconſultus inter pignus & hypothecam hoc ait intereſſe, quod pignus proprie dicitur, quod ad creditorem tranſit; hypotheca cum non tranſit nec poſſeſſio ad creditorem: idque ita eſſe patet ex eo, quod mox apud Conſtantinum ſequitur: *ἐνέχυρον δὲ, τὸ ἐν χερσὶ διδόμενον τῷ δανειστῇ. Pignus autem eſt, quod creditori in manus traditur*. Idem alibi, *κυρίως ἐνέχυρον λέγεται τὸ παραδοθὲν τῷ δανειστῇ· τὸ δὲ μὴ παραδοθὲν, ἀλλὰ συμφωνηθὲν ὑποθήκη ἐστίν. Pignus proprie dicitur, quod creditori traditur, quod vero ſine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca eſt.* Nimirum differentia pignoris & hypothecæ non in eo conſiſtit, quod hæc *ἐγγράφως*, illud *ἀγράφως* contrahatur: ſed quod hæc pacto convento, id eſt, *ψιλῷ συμφώνῳ*, illud non niſi re tradita, *§.item Serviana, in fin. Inſt. de action. §.ult. Inſt. quib.mod. re contr. obl. d.l.9. §.2. de pign. act.* inſtrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecæ nihil attinet. Igitur *εἰς γραμματεῖον*. Harmenopulo non eſt per pactum conventum, ſed inſtrumento pacti conventi: quippe qui non ideo *γραμματεία* meminit, quod ſine inſtrumento hypotheca non contrahitur, ſed quia probationis cauſa ſcriptura fere adhiberi ſolet, *d.l.4. ff.de pignor. l.4. ff. de fid. inſtrum. cum ſimilib.* in Baſilicis autem *lib.25. tit.2.* ſententia Gaji in *d.l.4. de pignor.* his verbis expreſſa eſt; *ὡς ἐπὶ τῶν ἐνοχῶν τῆς ἐνοχοποιούσης τὰς ἐπὶ παντὸς συναλλάγματος συναινοῦντας, οὕτω καὶ ἡ ὑποθήκη συμφώνῳ συνίσταται οἱοισδήποτε ῥήμασι καὶ ἀγράφως· τὰ γὰρ ἔγγραφα διὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεται.* Id eſt: *quemadmodum in obligationibus fit ut obligatio aſtringat de re qualibet conſentientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuſcunque verbis, etiam citra ſcripturam: nam ſcripturæ probationis cauſa fiunt*, &c.

16 Plane fatemur pactum conventum nonnunquam apud auctores uſurpari pro inſtrumento, in quo pactum conventum deſcriptum eſt, uti & apud Ulpianum in *l.duo ſocietatem 71. ff. pro ſoc.* ſed tropica iſta locutio eſt, non propria, ſumto per metonymiam contento pro continente, ejuſdemque tropi uſus occurrit etiam in voce *pactum, l.7. §.quod fere 12. ff.hoc tit.* ibi, *quod fere noviſſima parte pactorum ita ſolet inſeri*, id eſt, noviſſima parte inſtrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id dixerit pactum proprie eſſe conventionem ſcriptam. Sic per eandem figuram lex accipitur

pro

Digitized by Google

pro tabulis legis, *l.eum debere 33. ff.de ſerv. præd. urb. l.ſi in lege 24. ff.locat.* & paſſim apud alios cautio & obligatio pro chirographo, *l. lecta 40. ff.de reb.cred. l.5. ff.fam.erciſc. l.ult. C.de cond.ex leg. l.7. C.de non num.pec.* ſtipulatio pro ſtipulationis inſtrumento, *l.1.§.pen.ff.de edend.* Cicero in *partitionib. Scriptorum privatum aliud eſt, publicum aliud. Publicum lex, ſenatusconſultum, fœdus. Privatum tabulæ, pactum conventum, ſtipulatio.* Græcis quoque familiare eſt, ut *συμβόλαια ἔγγραφα*, ſive *κατὰ γεγραφὰς τῶν συμφωνηθέντων*, inſtrumenta pactorum ac conventorum, appellent *συμβόλαια* ſimpliciter, figurate tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam ceteris, quæ a D.Salmaſio in contrarium afferuntur, facile, ut opinor, obviam iri poterit.

C A P. II.

De pactis ſeu conventionibus publicis.

1 *Publica conventio quid, & a quibus fiat, &* No.4.
2 *An Princeps pacem cum hoſtibus faciens privatorum injurias ob cauſam belli acceptas remittere poſſit.*
3 *Privatæ conventionis ſpecies eſt, cum Princeps contrahit cum ſubditis emendo, vendendo,* &c.
4 *Duces belli citra ſpeciale mandatum pacem aut inducias facere non poſſunt.*
5 *De quibus rebus duces belli recte paciſcantur.*

PActionum ſive conventionum quædam publicæ ſunt, quædam privatæ, *l.conventionum 5. ff.hoc tit.* De conventionibus publicis parcius diſſeremus, quoniam iſta diſputatio Politicorum tota propria eſt. Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & ſententiæ illuſtrium Scriptorum, cum Philoſophorum & Hiſtoricorum, tum Oratorum etiam & Poetarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio fere a Juriſconſulto hodie non expectatur, ſi cauſas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1 Publica conventio, definitore Ulpiano in *l.conventionum 5. ff.hoc tit.* eſt, quæ fit ex cauſa publica. Hujuſmodi autem pactorum faciendorum poteſtas penes eos ſolos eſt, qui ſummæ rei præſunt, aut qui eam poteſtatem ab his, quorum ea propria eſt, acceperunt. Ulpianus *d.l.5.* quid ſit publica pactio declarat duobus exemplis: *Publica*, inquit, *conventio eſt, quæ ſit per Principem,* (ita enim omnino legendum eſt cum Ruſſardo, non *per pacem*, quod idoneum ſenſum non habet.) *aut quoties inter ſe duces belli quædam paciſcuntur.* Græci hunc locum ſic reddunt: *δημόσια δὲ (σύμφωνα) τὰ περὶ ἔξω.*

Digitized by Google

ἐξουσιαστῶν καὶ ἡγεμόνων ἐθνῶν, πρὸς εἰρήνην τυχόν, ἢ ἄλλό τι τοιοῦτον: publicæ conventiones ſunt, quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale. Et quidem dubium non eſt, quin Princeps de negotiis ad rempub. ſpectantibus recte atque utiliter paciſcatur, ſive pacem ſive aliud quodcunque fœdus cum hoſtibus faciat: ſiquidem pactiones inire etiam quæ bellum finiant, eorum eſt, quorum eſt bellum, cum ſuæ quisque rei moderator ſit atque arbiter.

2 Sed quæritur, pacem faciendo cum hoſtibus, an privatorum damna atque injurias ob cauſam belli acceptas remittere poſſit? Et puto poſſe, arg. *l.*1. *§.*2. in verbis, *ſunt enim quædam publice utilia, ff. de juſt. & jure, cap. in noſtra*, ibi *pro bono concordiæ, ext. de injur.* Atque omnino concludimus remiſſionem favore publicæ pacis factam, etiamſi facta ſit invitis ſubditis, valere, ſi aliter diſcordiæ ſedari & pax haberi nequeat: & maxime cum occupata per injuriam bona longo tempore poſſeſſa ſunt, quæ ſi a poſſeſſoribus auferantur, multa concuti & perturbari neceſſe ſit. Optimæ conciliationes ſunt, quæ iram & offenſarum memoriam delent, & ut ait Iſocrates *Plataic. εἰρήνης οὔσης οὐ προσήκει μνησικακεῖν περὶ τῶν τότε γενομένων: in pace non decet ante malorum recordari*. Et omnino in fœderibus ineundis non tam cogitandum eſt de ſarcienda in præſens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, ſed ad auferenda mala conveniunt, bello iterum implicentur, ut diſputat Dionyſ. Halicarnaſſenſis *lib.*3. Exemplum habemus apud Val. Maximum *lib.*4. *cap. de animi moderatione*, de Thraſybulo, qui cum Civitatem triginta tyrannorum ſævitia liberaſſet, plebiſcitum interpoſuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio *ἀμνηστία* ab ipſis vocitata eſt. Quod exemplum & M. Tullius aliquando Romæ publico otio conſulere volens ſequendum eſſe cenſuit, *Phillipp.*1. *in princ. Bodin. lib.*2. *de repub. cap.*5. *& lib.*5. *cap.*6. *Grot. lib.*3. *de jur. bell. & pac. cap.*20. *Duar. ad l.*5. *ff. hoc tit. Gail.*2. *obſ.*57. *& de pace publ. n.*25. *Matth. Cuno tract. de pact. cap.*22. *per tot. vide & Vaſq.*1. *contr.*4.

3 Pacti vero non publici, ſed privati ſpecies eſt, cum Princeps paciſcitur aut contrahit cum ſubditis, verbi cauſa, emendo aliquid, aut vendendo: neque enim hoc facit, qua Princeps: & veriſſimum eſt, quod vulgo jactatur, Principem in his jure privatorum uti. Nam quod legibus ſolutus eſſe dicitur, hoc non eo pertinet, ut ad contractus obſervantiam adſtringi non debeat. Lex naturalis eſt, quæ fidem ſervare jubet: qua proinde neque populi conſenſu, neque ſenatus auctoritate ſolvi poteſt.

4 Alterum exemplum publicæ conventionis affert Ulpianus *d. l.*5. *hoc tit.* de ducibus belli inter ſe paciſcentibus. Non tantum igitur Princeps, ſive, qui ſummum imperium habent, pacta cum hoſtibus inire publicæ utilitatis cauſa poſſunt: verum etiam ducibus belli idem permiſſum eſt. Ceterum belli duces non niſi de iis rebus, quæ ad adminiſtrationem belli pertinent, deque his, quæ ipſis conceſſa intelliguntur, jure paciſci poſſunt. Unde petenda deciſio quæſtionis, quæ ab interpretibus movetur, an a duci-

Digitized by Google

bus belli citra Principis aut populi conſenſum, cujus nomine & auſpiciis bellum geritur, pax aut induciæ conſtitui poſſint.

5 Ducendum enim eſt non poſſe, niſi hoc ſpecialiter iis conceſſum ſit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in univerſum belli gerendi cura commiſſa ſit, pacem cum hoſtibus faciendo, fines mandati & muneris ſui excedere; neque enim belli gerendi pars eſt, bellum finire. Ageſilai reſponſum ad Perſas fuit: *εἰρήνης τὴν πόλιν εἶναι κυρίαν: pacis arbitrium penes Civitatem eſſe*. Eumenes apud Livium *lib.37. Qui rata iſta pax erit, quam non ex autoritate ſenatus, non juſſu populi Romani peregerimus?* Et Salluſtius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem relictum, dum frater conſul Albinus Romam proficiſcitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus*, inquit, *uti par fuerat, decernit, ſuo atque populi injuſſu nullum potuiſſe fœdus fieri*. Ac pari de cauſa nec Caudina, nec Numantiana ſponſio populum Romanum obligavit.

6 Plane inducias dare ducum eſt, nec ſummorum tantum, ſed etiam minorum, ſed iis ſolum, quos oppugnant, aut obſeſſos tenent, & ſe ſuasque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli hiſtoria apud Livium *lib.24.* declarat. Manifeſte igitur labitur Bartol. in *d.l.5. ff.hoc tit.* cum ſimpliciter pronuntiat, ducem belli, aut ut ipſe loquitur, capitaneum guerræ poſſe facere treugam ſeu inducias indicere. Rurſum ducibus non competit homines, imperia, agros bello quæſitos concedere: qua de cauſa Syria Tigrani adempta, quanquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda ſunt, jus aliquod concedi ducibus videmus non tam ex vi poteſtatis, quam cujusque populi moribus. Enimvero nondum quæſita condonare omnino in ducum eſt poteſtate: quia homines cum oppidis ſæpe ſe dedunt ſub conditionibus vitæ ſalvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus ſummæ poteſtatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitur *Grot. lib.3. de jur.belli & pac. cap.22. add.Bodin. lib.5. de repub. cap.6.*

CAP. III.

An fides hoſtibus, prædonibus, piratis data ſervanda ſit?

1 *Etiam hoſtibus fidem datam ſervandam eſſe.*
2 *Dolus malus eſt poſt fidem datam hoſtem fallere.*
3 *Exemplatio*, l.2. C.de commerc. & mercat.
4 *Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.*
5 *Promiſſionem impunitatis factam atrox aliquod facinus detegentibus ſervandam eſſe.*

Fi-

FIdei obſervatio eſt ex jure gentium, *l. 1. ff. hoc tit. l. cum amplius* 84. §. 1. *de reg. jur. l. bona fides* 31. *ff. depoſ.* Itaque cum jure gentium quælibet juſta pactio vim obligandi habeat, apparet etiam hoſti fidem datam ſervandam eſſe: nam & cum hoſtibus jus gentium colitur, *l. ult. ff. de legationib.* Utique enim ſi cum hoſtibus quoque ſit communio juris gentium, cum iiſdem etiam conventionum, ac proinde & obligationum communio ſit neceſſe eſt. Silius Italicus *lib.* 25.

> .... *Optimus ille*
> *Militiæ, cui poſtremum primumque tueri*
> *Inter bella fidem.*

Denique ſi fidem hoſtibus datam contemnere liceat, nihil aliud inde ſequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hic nobis occuritur ex Ulpiano *l. 1. §. 3. ff. de dol. mal.* ubi ait bonum dolum eſſe, & pro ſolertia haberi, ſi quis contra hoſtem aliquid machinetur, eumque fallat. Cui non abſimile illud Auguſtini in *cap. dominus, cauſ.* 23. *quæſt.* 2. *In juſto bello ad juſtitiam nihil intereſt, aperte an ex inſidiis pugnetur.* Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo diſcrimine virtutis ac doli proſperos omnes laudari debere bellorum eventus.*

2 Reſpondeo, id verum eſſe concedo, antequam fides data eſt: at fides ſemel data ſervanda eſt, quia cum hoſte jus gentium colimus. Auguſtinus *Epiſt. 1. ad Bonifacium,* cujus fragmentum relatum eſt in *cap. noli, cauſ.* 23. *quæſt.* 2. *Fides*, inquit, *quando promittitur, etiam hoſti ſervanda eſt, contra quem bellum geritur.* Hinc eſt, quod qui legatos hoſtium violant, eos jus gentium violare apud auctores paſſim legimus, *d. l. ult. de legation. Liv. lib.* 15. & 38. *Cic. Verrin.* 3. Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacto eluſerunt, & perfidiæ velamentum quæſiverunt Thraces, qui olim pacti aliquot dierum inducias, noctu excurſiones agebant. Item male Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves diſſecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam poſt fidem datam adhibetur, malus eſt; cum contra ſi fides hoſti data non ſit, licita ſit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *lib.* 11.

> *Dolus, an virtus, quis in hoſte requirat?*

3 Uldaricus Zaſius objicit huic ſententiæ *l. 2. C. de commerc. & mercat.* Sed ſatis conſtat etiam cum barbaris juris gentium communionem eſſe, *l. Divus Hadrianus 6. in fin. ff. de bon. damnat.* Deinde aliud eſt, aurum illis ſubtili ingenio & arte honeſta ſubducere, quod licet; aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare: quod & hodie in Anglia, Hiſpania, & alibi non licet, & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur ἀπόῤῥητα, nimirum τὰ ἀπειρημένα ἐξάγειν, quæ vetita erant e terra Attica exportari, ut πᾶσα ἡ ναυπηγήσιμος ὕλη, abies, pix, ſtuppa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum

Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4 Sed quid de prædonibus & piratis? Sane hi non ſunt juſti & legitimi hoſtes, *l.hoſtes ſunt* 24. *ff.de capt. & poſtlim.* Ceterum idem hic dicimus, quia etiam cum illis nobis eſt communio juris gentium, *l.bona fides* 31. *ff. depoſ.* Non habent quidem iſti ſpecialem iſtam communionem, quam inter hoſtes in bello ſolenni introduxit jus gentium:attamen quia homines ſunt, communionem habent juris naturæ, ex quo naſcitur, ut pacta ſint ſervanda. Cæſar *lib.*3. *de bell. civil.* aperte ſcribit, actum a Romanis ducibus in Pyrenæis montibus cum prædonibus & fugitivis de compoſitione, legatoſque ad eos miſſos fuiſſe. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pactionibus confecit, vitam illis pollicitus, & ſedes, in quibus ſine rapto viverent: & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem ſervatam a Lucullo: alii id genus alia. At inquies, qui atrociter malefici ſunt, neque pars ſunt ullius Civitatis, hi a quovis homine puniri poſſunt, ſi jus naturæ reſpicimus. Qui vero puniri poſſunt, ut vitam amittant, his etiam & res & jura ſua poſſunt auferri: neque enim eſt contra naturam ſpoliare eum, ſi poſſis, quem honeſtum eſt necare, ut recte diſputat Cicero *lib.*3. *de offic.* Inter jura autem eſt etiam hoc jus ex promiſſo quæſitum:poteſt igitur & hoc ei in pœnam auferri. Reſpondeo proceſſurum hoc,ſi non tanquam cum malefico actum eſſet: at ſi quando cum tali, qua talis eſt, actum eſt, ſimul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum cenſeri debet: quia ſemper ea ſumenda interpretatio eſt, quæ cavet, ne actus in vanum recidat, *l.quoties* 12. *l.ubi* 21. *de reb. dub.* Non male apud Livium *lib.*34. Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q.Flaminius, *De nomine hoc reſpondere poſſum, me qualiſcunque ſum, eundem eſſe, qui fui, cum tu ipſe mecum, T. Quinti, ſocietatem pepigiſti,* & mox: *Jam feceram hæc, qualiacunque ſunt, cum ſocietatem mecum pepigiſtis,* addit, *Si quid ego mutaſſem,mihi meæ inconſtantiæ; cum vos mutetis, vobis veſtræ ratio reddenda eſt. Grot. lib.*3. *de jure bell. cap.*19. *num.*3. *& ſeqq.*

5 Quid dicendum de magiſtratibus, qui conjurationem in rempublicam aliudve atrox facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur? Nimirum quibus fides publica ob hujuſmodi cauſam datur, eos non decipi non modo ſuadere rationem naturalem, verum etiam civilem quandam, ne ſcilicet ceteri in futurum ad ſimilia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S.P.Q.R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone conſule faciendum decrevit, *add. Bodin. lib.*5. *de republ. cap.*6. *Grot. lib.*3. *de Jur.bell.& pac. cap.*19.*&* 4. *ſeqq. Hotom. illuſtr.contr. cap.*7. *Cunon. tract. de pact. cap.*29. *n.*35.*& ſeqq.*

CAP.IV.

CAP. IV.

De pactis legitimis.

1 *Legitima conventio quid.*
2 *Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his ſpecialis juris ratio.*
3 *Aliud exemplum vetus, cum ratione juris ſingularis.*
4 *Exemplum pacti legitimi recentius, ſcilicet quo dos promittitur.*
5 *Alia nova ſpecies, pactum donationis.*
6 *Item alia, qua uſuræ argentariis promittuntur.*
7 *Ad pacta legitima referri poſſe & pacta honoraria, conſtitutum, & conventionem de pignore.*
8 *Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipſo jure tollitur: inter quæ & lex commiſſoria & addictio in diem.*
9 *Laudatur Græcorum de pactis legitimis ſententia.*
10 *Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an ſpecies conventionis legitimæ.*

PRivata conventio eſt, quæ fit ex cauſa & de re cujuſque privata ac familiari. Eaque vel legitima eſt, vel juris gentium, *l.5. ff.hoc tit.*

1 Legitima eſt, quæ manente nuda ac ſimplici forma conventionis, ex ſpeciali confirmatione alicujus legis efficax eſt vel ad obligandum, & agendum, vel ad obligationem & actionem ipſo jure tollendam. Confirmationem dicimus ſpecialem: nam & contractus juris gentium poſſunt dici jure civili confirmari, ſed tantum in genere, ſcilicet hoc ipſo, quod recepti ſunt: quippe uſus quoque vim approbationis habet, *§.1.Inſt.de obligat.* hoc tamen non obſtante conventiones juris gentium appellantur, *l.juris gentium 7. pr. ff.hoc tit.*

2 Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuiſſe tempore Pauli, cujus eſt *d.l.6. hoc tit.* exiſtimat Antonius Faber, ſed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l.etiam 30. ff.de uſur.* item in *l.in quibuſdam 7. ff.de naut. fœn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto Civitatibus deberi uſuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id eſt, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris, quod ipſum & a Scævola, qui ſub Antonino Philoſopho floruit, traditum eſt, *l.periculi 5.§.1.d.tit.* Licet autem incertum ſit, quarum legum id auctoritate ſit introductum; illud tamen ſatis conſtat, contra rationem juris communis utrumque conſtitutum eſſe jure ſingulari; ac proinde ſpeciali aliqua lege aut conſtitutione pacta iſta fuiſſe confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipublicæ, alterum propter periculum, quod creditorem pecuniæ nauticæ ſpectat, ex quo na-

navem navigare convenit, *l.3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi uſuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum ſtipulationis non debentur, *l. Titius 24. ff. de præſcr. verb. l.5. §.2. ff. de ſolut. l.3. C. de uſur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævolam oſtendunt particulæ *&*, *etiam*.

3 Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis ſuppeditat *l. frumenti 12. C. de uſur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus a conſiliis fuit, reſcribit, etiam ex nudo pacto acceſſionem ſive uſuras frumenti vel hordei mutuo dati præſtandas eſſe: in quo item jus eſt ſingulare; nam regulariter, ut jam dictum eſt, uſuræ pecuniæ creditæ peti nequeunt, niſi in ſtipulatum deductæ fuerint, *l.1. l.3. C. eod.* Huic autem ſpeciali juri forte cauſam præbuit utilitas & neceſſitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino ſunt neceſſariæ, & quarum ob id uſu minus carere poſſumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æſtimatio & pretium ſubinde mutatur, pro varietate locorum & temporum, *§. ſi quis agens, Inſt. de action. l.3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc cauſam *διὰ τὸ ἄδηλον τῶν καρπῶν*, placuit majores recipere uſuras frugum quam pecuniæ mutationem, *l. olco 23. C. de uſur.* de quo præclara quædam apud D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. cap. 8.*

4 At poſt tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta ſunt conſtitutionibus Principum. A Theodoſio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur, *l. ad exactionem 6. C. de dot. promiſſ.* Quamquam autem Connanus *lib.5. comm. cap.3.* & Donellus ad *l. legem 10. C. hoc tit.* putant pactum de dote danda eſſe conventionem, cui ſubſit cauſa, videlicet ipſa nuptiarum coitio; propterea quod promiſſioni dotis ſemper inſit hæc conditio, *ſi nuptiæ fuerint ſecutæ, l. ſtipulationem 21. ff. de jur. dot.* ac proinde promiſſionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des*: tamen magis eſt, ut id falſum ſit. Nam ſi ratio illa, qua utuntur, bona eſſet, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in ſe negotium & cauſam, quod utique aperte falſum eſt. Sed nec quodlibet factum ad conſtituendum contractum innominatum intervenire ſufficit, verum tale intervenire neceſſe eſt, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod ſit fundamentum *συναλλάγματος* & actionis civilis. At tale factum non eſt, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit, quod ex cauſa *facio ut des* datur actio aut præſcriptis verbis in id, quod intereſt, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum eſt in caſu propoſito, & dos plerumque exigitur conditione certi. Quid quod & poſt contractas nuptias dos promitti poteſt, ut hic quoque pactum ſit utile ad exactionem, per *d. l.6.* Denique novum in *d. l.6.* jus conſtitui ex eo ſatis apparet, quod etiam ante illam conſtitutionem ex contractu *facio ut des* certo jure actio competiit, *l.5. §.3. l. ſolent 15. ff. de præſcr. verb.* & recte itaque Græci apud *Harmenop. lib.4. tit.8. §.13.* *ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας χρεωστεῖ ὁ πατὴρ προῖκα*, i.e. *ex nuda promiſſione pater dotem de-*

Digitized by Google

debet. Ceterum hujus diſputationis nulla amplius hodie videtur eſſe utilitas, poſtquam authoritate conſtitutionis Juſtinianeæ *l.un.C.de rei ux. act.* ſemper fingatur interveniſſe ſtipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris, ita recte *DD.comm. poſt Gloſſ. Cyn.& Salic. in d.l.6.de dot. promiſſ.* diſſentit tamen *Fortun.Garz.in l.6. ff.hoc tit. num.23. & ſeqq.* contendens ſtipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi interveniſſe in *d.l. un. C.de rei uxor. act.* non autem ex parte mariti, ut ut verba legis expreſſe repugnent.

5 Conſtitutione Juſtiniani confirmatum eſt pactum donationis, quod in præſens conceptum eſt, ſeu quo quis in præſentia ſe donare dicit, veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Juſtinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui, *l.ſi quis argentum 35. §.ult. C.de donat. §.2. Inſt.eod.* Quod ſi pactum donationis cauſa in futurum conceptum ſit, veluti ſi quis dixerit, donabo tibi centum aureos, manebit hic etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante, *arg. l.præcipimus, in fin. C. de appell.*

6 Ejuſdem Principis conſtitutione *Novella* 136.*cap.*4. cautum, ut uſuræ etiam ex nudo pacto debeantur argentariis: quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent ἀργυροπρᾶται ſive argentarii, dum multis ſe periculis immiſcent, ut ingruentibus aliorum neceſſitatibus medeantur. Eandemque ob cauſam placuit certas uſuras, & quidem beſſes, argentariis præſtandas eſſe, etiamſi modus certus uſurarum dictus non ſit: quod in aliis non habet locum, *l.quod in ſtipulatione* 31. *l.tutor* 41. *§.ult. ff.de uſur.* τοὺς γὰρ πᾶσι σχεδὸν τοῖς δεομένοις ἑτοίμους ὄντας βοηθῆσαι οὐκ ἂν εἴη δίκαιον ὑπὸ τοιαύτης λεπτότητος ἀδικεῖσθαι, ait Juſtinianus *d.Nov.*136. *cap.*4. *lib.*24. *Baſil. tit.*4. *cap.*4.

7 Poſſunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata ſunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut ſenatuſconſultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipſo Cicerone *act.3. in Verr.* lex appellatur: maxime autem hodie poſtquam ex confirmatione Juſtiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam ceteræ partes juris civilis haberi ceperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure noſtro occurrunt, conſtitutum ſive conventio, qua quis citra ſtipulationem conſtituit ſe ſoluturum, quod vel ipſe, vel alius debet. *tit.ff.& C.de pecun.conſtit.* item conventio de pignore, *l.ſi tibi* 17.*§.*2. *ff.hoc tit.* ubi Juriſconſultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem naſci, hoc nimirum ſignificans, jure prætorio etiam nuda conventione pignus obligari, creditorique conſtitui jus in re, *l.*1.*ff.de pignor. act.* ac pro re iſta perſequenda etiam actionem creditori edicto propoſitam eſſe, actionem videlicet in rem, Servianam vel quaſi Servianam ſive hypothecariam, *§.item Serviana 7. Inſt.de action.*

8 Poſterioris generis pacta legitima, quibus ſcilicet ipſo jure obligatio

& actio

Digitized by Google

& actio tollitur, ſunt, ne furti, ne injuriarum agatur, *l.ſi tibi* 17. *§.*1. *l.ſi unus* 27. *§.*2. *verſ.ſed ſi pactum & §.*4.*ff.hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis paciſci expreſſe permittit, *l.*7. *§.ſi paciſcar* 14. *in fin. ff.eod. Gell. lib.*20. *cap.*1. Non obſtat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur, *l.*4.*§.ult. ff.de his qui not. infam.* Nam hoc de eo caſu accipiendum eſt, quo quis paciſcitur, poſtquam jam res deducta eſt in jus ad prætorem; quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox ſubjicitur ex Paulo *l.*5. *d.tit.* utique ſi cum pretio quantocunque pactus ſit, *d.l.*5. *§.*3. Nihil autem impedit, quominus actio ipſo jure pacto tollatur; licet pactos ſequatur infamia. Ad hoc poſterius genus videntur etiam referri poſſe duæ conventiones in contractu emtionis & venditionis præcipue celebrari ſolitæ, addictio in diem, & lex commiſſoria; utpote quæ & ipſæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ ſunt, ut exiſtente conditione conventionis contractus ipſo jure reſolvatur, etiam poſtquam res integra eſſe deſiit, ſecuta ſcilicet traditione, niſi aliud diſerte placuerit, *l.*2.*ff.de addict.in diem l.*1.*l.*2.*ff.de leg.commiſſ.*

9 Optime igitur Juriſconſultus Græcus reſponſo περὶ ψιλῶν συμφ. Τῶν ἰδιωτικῶν Συμφώνων, inquit, τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγάς, ἐκ τῶν περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἢ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν προσειληφόται καὶ διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγή, καὶ λύεται κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγή, ἅτινα καὶ λεγιτίμι κομβεντίονες ἐπικέκληνται: id eſt, *Pactorum privatorum quædam lege aliqua vel ſenatuſconſulto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & to lunt actiones; atque hujuſmodi vim ac poteſtatem acceperunt a legibus aut conſtitutionibus ſpecialiter de ipſis promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio naſcatur, & ipſo jure diſſolvatur: quæ appellantur conventiones legitimæ.* Cujuſmodi autem hæ conventiones ſint, mox declarat hujuſmodi: θεματισμοῖς ὅτε ἐπαγγέλλωμαι προῖκα ζειν τινὰ καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνήται λαμβάνειν τόκους ὥσπερ οὖν καὶ ἐπὶ τῷ ἐνεχύρῳ γενόμενον, σύμφωνον, κἂν σιωπηρὸν ᾖ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανήν, ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον, καὶ αὕτη τὴν ἐξ λέγε κονδικτίκιον: id eſt, *cum alicui me dotem daturum polliceor, & cum Civitas pecuniam fœnori dans uſuras ſibi paciſcitur: ſicut & facta ſuper pignore pactio, licet tacita ſit, actionem Servianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto parit hodie condictitiam ex lege.* Et iterum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipſo jure actio tollitur, οἷον, inquit, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τοῦ *furti*, καὶ τοῦ *injuriarum*.

10 Stipulatio quoque legitima conventio eſt, quia contractus eſt juris civilis, a quo & formam accepit: nam cum ſit conventio, *l.*1.*§.*3.*ff.hoc tit.* nec tamen conventio juris gentium, neceſſe eſt, aut manca ſit diviſio Juriſconſulti in *l.*5.*ff.eod.* aut cum ad conventiones juris gentium non poſſit,

ſit, referatur ad legitimas. De acceptilatione idem judicum eſto. Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe confirmatam conſtitutionibus, *Inſt. de liter. oblig.* Ceterum in contractu literarum non ex nudo & ſimplici conſenſu oritur obligatio, ſed ex literis, ſicut in ſtipulatione & acceptilatione verbis contrahitur aut ſolvitur, non conſenſu ſolo. Nimirum jus civile interdum robur addit conventionibus adjiciendo certam formam, interdum ſimpliciter confirmando: & hujus poſterioris generis conventiones proprie in uſu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut ſupra dixi, manente ſimplici ac nuda conventionis forma ſpeciali aliqua lege aut conſtitutione confirmantur, arg. *l. legitimæ 6. ff. hoc tit.* *αἱ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρουμέναι*, ut Græci.

CAP. V.

De conventionibus nudis.

1 *Nudæ conventionis definitio variis exemplis illuſtrata.*
2 *Eadem confirmata Græcorum auctoritate.*
3 *Pactum non deſinit eſſe nudum interveniente ſcriptura.*
4 *Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehendi.*
5 *Nudam conventionem paſſim in libris noſtris appellari pactum ſimpliciter.*
6 *Pactum nudum non explicationis tantum cauſa dici, ſed etiam diſcretionis.*
7 *Vox* nudum *quid hic ſignificet.*
8 *Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti eſſe ſpeciem.*
9 *Confutatio argumenti primi.*
10 *Contradicentia eſſe, aſſerere pactum aliquod eſſe nudum, & negare id pactum eſſe.*
11 *Vocem* nudus *notam eſſe diſcretionis, non alienationis.*
12 *In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud ſignificari, quam duorum aut plurium in idem conſenſum.*
13 *Nunquam ſignificari conventionem aliquam oppoſitam pactioni.*
14 *Nuſquam indefinite traditum ex pacto actionem naſci: ſed contrarium, non naſci.*
15 *Apud Ulpianum* l. 7. §. 4. hoc tit. *aliter legi in pleriſque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriuſque lectionis, & vulgatæ interpunctionis.*
16 *Quid ſit, placiti fine ſtare.*
17 *Pactum nudum etiam id, quod ſerium: alias pacti nomen non mereri.*
18 *Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.*

PRivatæ juris gentium conventionis ſpecies ſunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam veſtitam vulgo magiſtri juris appellant, & pactum veſtitum, verbo magis, quam ſenſu inconcinno. Diviſio hæc fundata eſt in *l.juris gentium* 7. *§.*1. 2. *&* 4. *ff.hoc tit. l.ſi dominus* 8. *l.ſolent* 15. *ff.de preſcr. verb. l.legem* 10. *C.hoc tit.*

1 Nuda conventio eſt, quæ in nudis placiti finibus ſtat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi cauſam præter conventionem, *dd.ll. l.ſi tibi* 27. *C.de locat.* ut ecce, ſi inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc partem hereditatis nobis delatæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & ſimiles nudæ ſunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen tranſeunt, nec in his ad conventionem alia cauſa obligandi, puta datio aut factum aliquod acceſſit; ſed ſolo placiti fine ſtant.

2 Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ *ψιλὰ σύμφωνα* vocant, definiunt, nempe quæ neque *εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, οὔτε ἐπὶ τοῦ πρωτοτύπου ἵστανται γένους· reſpon. περὶ ψιλ. συμφ.* & mox iterum *ibid. νοῦδον γὰρ ἤτοι ψιλόν ἐστι σύμφωνον, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον ἡγησαμένης προτέρου δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει. Nudum pactum eſt, quod non tranſit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non ſtat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat:* & apud Harmenopulum *lib.*1. *tit.*9. *περὶ ψιλ. συμφ. ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει. Cum non præceſſerit datio, ſed tantum de dando convenerit.*

3 Et quamvis igitur ſcriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum eſſe deſinit, arg. *l.*7. *§.quod fere* 12. *ff.hoc tit.* quippe ſcriptura vim pacti mutare non poteſt, cum non ſit cauſa obligandi, ſed duntaxat probationis gratia adhibeatur, *l.*4. *ff.de inſtrum.* hoc etiam D.Salmaſ. *ubi ſup. cap.*12. Quod ſi talis conventio lege vel ſenatuſconſulto adjuvetur, jam quidem ſuo ſenſu non amplius nuda eſt, ſed tum ſit conventio legitima, *l.legitima* 6. *ff.hoc tit.* Ceterum etiam hujuſmodi pacta nuda appellari ſolent, reſpectu ſcilicet ſimplicis formæ conventionis, & ad differentiam ſtipulationis, *l.etiam* 30. *ff.de uſur.l.frum.*12. *C.eod. tit.* quanquam huc non pertinent.

4 Illud obiter hic monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjuncto & comparatione rei, cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, puta ſi opponatur non conventioni diverſæ, ſed traditioni: tunc enim complectitur conventiones omnes, quæ nudæ ſunt a traditione, etiamſi alias nudi placiti terminos egrediantur, *l.traditionib.*20. *C.hoc tit. l.qua ratione* 9. *§.interdum* 5. *ff.de acq. rer. dom.*

5 Nu-

5 Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, ſæpe etiam in libris juris noſtri pactum ſimpliciter appellatur, *l.juris gentium* 7. §.*quinimo* 4. & *ſeqq. ff.hoc tit.l.legem* 10. *C.eod.l.ſolent* 15.*ff.de præſcr. verb. l.ſi tibi* 27. *C.de locat. l.*1. *C.de pact.conv.tam ſup.dot. l.*5.§.2.*ff.de ſolut.l.*5.*C.de contr.ſtipul.* Ex quibus locis apparet idem valere, ex pacto actionem non naſci, atque ex nudo pacto non naſci. Neque tamen ideo aſſentiendum Cujacio ad *l.*1. *ff.hoc tit.* aut Weſenb. *parat. eod.* qui contendunt, pactionem nunquam nudam dici κατὰ διαστολὴν, ſed pactum omne, ut nudum eſt, ita etiam ſic appellari ſuo perpetuo epitheto, explicationis cauſa, non diſtinctionis, quaſi eſſet aliquod pactum, nudo oppoſitum & veſtitum: nam quod nudum pactum etiam ſimpliciter pactum appellatur, id fit more Juriſconſultis uſitato, quibus familiare eſt, idem nomen nunc in genere, nunc in ſpecie uſurpare; aperteque refelluntur Cujacius & Weſenbecius verbis *d.l.ſolent* 15. *ff.de præſcr. verb.* ubi Ulpianus ex propoſita conventione actionem oriri ait, quia non ſit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non naſci, item *d.l.legem* 10. *C.hoc tit.* quo loco Imperator, quod dici ſolet ex pacto actionem non naſci, id tunc obtinere reſcribit, cum pactum nudum eſt. Unde profecto plus quam manifeſtum eſt, pactum nudum non tantum explicationis cauſa dici, verum etiam diſcretionis gratia, quod quædam pacta ſint non nuda, quæ docendi cauſa interpretes vulgo appellant veſtita, non tam inepto ſenſu, quam nomine: nec tamen nomine prorſus inepto.

6 Nudum autem hic minime vox eſt alienans, ut quidam auſi ſunt aſſerere ſine ulla auctoritate & contra perpetuum uſum juris & omnium ſcriptorum; ſed nudum dicitur per translationem ſolum & ſimplex, quod tantum pactum ſit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l.ſi tibi* 27. *C.de locat.* quod nudo fine placiti ſtat; unde & ſolum pactum dicitur, *l.major annis* 23.*C.de pig.* Similis translatio eſt, cum nudum conſenſum, nudam proprietatem, nudam notionem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, ſimplex, nullis velata coloribus ψιλοὶ λόγοι apud Ariſtotelem 3. *Rhetor.* oratio proſa & ſoluta, quaſi nuda ornamentis, minimeque convoſtita, & apud Demoſthenem κατ᾽ ἀφόβου, ψιλὸς λόγος opponitur ἐγκατασκεύῳ. Oratio nuda ornatæ veſtitu apud Ciceronem *lib.de clar.orat.* Quamobrem cum de re conſtet, hoc eſt, eſſe quædam pacta nuda, quædam contra non nuda, futile ſit de nomine litem movere, & offendi verbo *veſtiti*, quo Doctores docendi gratia utuntur, ut a nudo pacto diſtinguant, quod nudum non eſt. Denique tantum non meræ nugæ ſunt, quæ ſuperiori diſtinctioni objiciuntur, veluti quod non quia medici morbos quoſdam acutos vocant, ideo alii ſint obtuſi: ut enim ita non appellentur, ſunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppoſiti, quocunque tandem nomine eos appelles. Illum ſane non acutum, ſed obtuſum fuiſſe neceſſe eſt, qui in publica diſputatione interrogatus a Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & veſtitam, illico obmutuiſſe dicitur. Quoniam vero ſunt, qui hanc pacti in nudum & veſtitum diſtri-

Digitized by Google

butionem ex alia parte vellicant, quaſi pactum nudum ſeu pactio aut conventio nuda non ſit ſpecies pacti aut conventionis, cui proinde nec pactionis definitio conveniat, etiam adverſus eos ſupradicta diſtributio munienda ac ſtabilienda eſt. Quanquam autem tam portentoſa opinio ſatis ſolide nuper ab incerto quodam actore confutata eſt; tamen quia id adverſariis ejus minime videtur, objicientibus ei, quod quædam ſilentio prætererit, quia nihil ad ea potuerit reſpondere, aut quia argumenta eorum ſolvere non potuit, ea commento eludere; quædam etiam ab iis eſſe dicta, quæ a nemine unquam audiverit; credo quia ſacris nondum initiatus erat, cui proinde myſteria aperire nefas: denique quia non ſatis bona fide cum eo agunt, e re erit ex integro cauſam iſtam hic tractari. Defendit auctor ille omnium ætatum interpretum ſententiam contra novitium commentum, idque ſine ulla calumnia, ſine contumelia, ſine ullo convitio, ſale tantum aliquo aſperſo, ſine quo quicquid in hujuſmodi concertationibus ſcribitur, fatuum eſt. Illi vero invehuntur in hominem inſontem, tanquam quem agitaverit genius ex calumniandi & convitiandi libidine, cui os ſine fræno, & cujus virus ipſa virtus provocet. Non ſunt hæc *ἀγαθȣ̃ δαίμονος*. Sed mittam iſta, ipſamque rem aggrediar ſuſcepta cauſa aſſumptaque perſona tam indigne accepti mortalis, per cujus latus quinam petantur, ſunt qui putant ſe non ignorare.

8 Cur igitur nudum pactum aut nuda conventio non eſt ſpecies pacti aut conventionis? Quoniam ajunt 1. Quicquid prædicatur de genere, id etiam prædicatur de quavis ejus ſpecie: de pacto autem prædicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia conventio nuda dicitur, cui nulla ſubeſt cauſa propter conventionem, & quæ nudo placiti fine ſtat. Ex quo inferunt pactum nudum non poſſe dici duorum vel plurium in idem placitum conſenſum, nullaque pacta proprie nuda dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus ſubſit cauſa propter conventionem: per cauſam autem intelligunt eam cauſam, quæ pacicentes movit ad conveniendum. Hic ego cum incerto illo auctore, cujus perſonam nunc gero, tot eſſe puto errores, quot ferme verba.

9 Nam 1. pactum nudum & non nudum diſerte in jure noſtro, ut diverſæ pactorum & conventionum ſpecies diſtinguuntur, & inter ſe opponuntur. Reſpondent illi, hoc ipſum ſententiam ſuam omnino confirmare: nam ſi pactum, ajunt, a pacto nudo diſtinguatur, ut una ſpecies ab alia, non poteſt pactum nudum dici ſpecies pacti, non magis quam homo ſpecies bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hic agant. Nos dicimus pactum nudum & non nudum diverſas eſſe pacti ſpecies, pacto, ut generi, ſubjectas: illi lectoribus imponunt, quaſi dixiſſemus, pactum & pactum nudum ſpecies eſſe oppoſitas: unde mox captant occaſionem oſtendendi quam rudes parumque verſati ſimus in arte differendi.

10 2. Contradicentia ſunt, aſſerere pactum aliquod eſſe nudum, & negare id eſſe pactum. Etenim contradictio hic eſt in adjecto, ſive oppoſitum

in

in appoſito. Utique enim juxta regulam Logicorum abeſt tertii adjecti ad eſt ſecundi adjecti valet conſequentia affirmando, v. c. ille eſt nudus homo, ergo eſt homo; illa eſt nuda oratio, ergo eſt oratio. Explodit M. Tullius Atticum dicentem mortuos eſſe miſeros, & negantem tamen mortuos eſſe. Quis non etiam explodat eos, qui negent nudum aſſenſum, nudam approbationem, nudam vocem, nudam voluntatem, nudum conſenſum, &c. eſſe aſſenſum, approbationem, vocem, voluntatem, conſenſum? Sed ajunt non eundem eſſe tropum in voce *nudus* adjecta rebus ceteris, qui eſt in eadem voce addita pacto aut conventioni: nimirum quia tum vox iſta non tantum reſtringens, ſed etiam alienans ſit: idque ex eo probant, quod definitio pacti ſive conventionis nudo pacto ſive conventioni nudæ non conveniat. Atqui hoc perinde eſt, ac ſi dicerent, Zona torrida eſt inhabitabilis, quia ſub ea animal non vivit. Nam pro argumento & antecedente ſumunt, & ſibi concedi poſtulant τὸ ἐν ἀρχῇ id quod eſt in quæſtione; quæ manifeſta captio eſt: hoc enim inter nos eſt controverſum, an pacti definitio etiam nudo pacto conveniat, quod illi ſoli negant, ceteri omnes affirmant. Similis petitio principii eſt, cum ajunt ideo pactum nudum pactum non eſſe, quia non habet cauſam; quoniam cauſam intelligunt, ut ipſi interpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam: hic enim iterum, quod maximum vitium eſt in diſſerendo, ſumunt ἀμφισβητούμενον ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Nam talem cauſam etiam pacta, quæ veteribus proprie nuda dicuntur, habere ceteri fere conſentiunt. Sed de hoc fuſius infra.

11 Qua vero auctoritate freti audent dicere vocem illam *nudus* adjectam pacto eſſe alienantem, cum alias ſemper ſit diſcernens? Velim mihi proferant locum aliquem ex ullo idoneo ſcriptore, ubi vox iſta ſignificet ἀλλοτρίωσιν, alienationem ſubjecti, cui adjungitur aut attribuitur. Eſt quidem vox στερητική, ſignificans privationem alicujus rei, quæ alias ſubjecto attribuitur aut attribui poteſt; & ſic etiam hic ſignificat privationem cauſæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum veſtiret: at nunquam eſt ἀναιρετικὴ ἢ φθαρτικὴ τοῦ ὑποκειμένου, ut ſignificet ademtionem aut corruptionem ſubjecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12 Sed enim conventio, inquiunt, bifariam ſumitur, primo in genere pro tractatu inter duos vel plures habito, quo aliquid agitur vel fit; quo ſignificatu etiam nudum pactum ſpecies ſit conventionis: deinde in ſpecie pro duorum vel plurium in idem placitum conſenſu, & ita pro tractatu, quo aliquid agitur vel fit, quod ſtatim firmum ac efficax eſt, niſi quid aliud impediat; qua notione conventio, ut ſpecies conventionis in genere acceptæ opponatur pacto nudo. Quippe novum non eſſe ajunt in jure, ut unum idemque verbum & in genere & in ſpecie ſumatur, exemplo eſſe nomina adoptionis, cognationis &c. Equidem ſcio vocem conventionis eſſe πολύσημον, nam & conventum hominum, coitionem, concionem, adlocutionem, interpellationem, &c. ſignificat: ſed in argumento de pactis unam duntaxat,

eam-

pliciter & abſolute pactum appellent, quod pactum non ſit, dixerintque ex pacto non naſci actionem, cum hoc ſignificare voluerint, ex non pacto actionem non naſci.

15 Sæpe inculcant, quod nudum pactum ſit, cui nulla ſubſit cauſa propter conventionem, *l.7.§.ſed cum nulla 4. ff.hoc tit.* Cum autem iſta locutio nullum omnino idoneum ſenſum habeat (quis enim ita unquam locutus eſt, conventioni nulla ſubeſt cauſa propter conventionem, & quid hoc ſignificat?) illi tamen hunc, ſi diis placet, ſenſum verba iſta habere dicunt, cum nihil omnino ſubeſt, ex quo qui convenerunt, moveri potuiſſent, ut convenirent: quanquam non videntur diffiteri, potuiſſe hoc exprimi elegantius. Nimirum neceſſe eſt vitioſos eum habere oculos, qui in luce tam perſpicua caligat. Conſtat utique duplicem apud Ulpianum in *d.l.7.§.ſed cum nulla 4.hoc tit.* occurrere lectionem; in pleriſque codicibus legi hoc modo: *Sed cum nulla ſubeſt cauſa, præter conventionem, hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem.* In codice Florentino ſic: *Sed cum nulla ſubeſt cauſa propter conventionem hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem.* Cum vero nullæ ſint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo diſtinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, referente hoc inter alios Angelo Politiano teſte oculato *miſc.*41. ac proinde ponere nobis ea, ſi docet ratio, & poſita undecunque expungere liberum ſit, auctore Auguſtino *lib.1. emend.2.q.*8. ſi quis lectionem Florentinam urgeat, cum eo tantum mihi lis erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius lectionem exemplaris Florentini ſecuti ita locum interpunxerunt: *Sed cum nulla ſubeſt cauſa propter conventionem,hic conſtat*, &c. relicta, ut veroſimile eſt, per negligentiam nota diſtinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus poſita eſt, in quibus non *propter*, ſed *præter* legitur: nam & in margine hoc notant alias legi *præter*. Franciſcus autem Taurellus & Ludov. Charondas, quod & ſermonis ratio, & mens atque ſententia Juriſconſulti exigebat, locum ſic interpunctum ediderunt: *Sed cum nuda ſubeſt cauſa, propter conventionem hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem.* Sive autem legas *præter* ſive *propter*, commate ante hanc particulam poſito, plana erit & recta oratio, eademque Juriſconſulti ſententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi cauſa ſubeſt præter conventionem, propter conventionem ſolam non conſtitui obligationem: quod & prorſus evincitur ex tota diſputatione Juriſconſulti. Ceterum & hic effugium eis paratum video: nam dicent haud dubie tunc conventionem apud Ulpianum *d.loco* non ſignificare pactionem ſive plurium in idem placitum conſenſum; ſed neſcio quid aliud, quod non ſit pactum, niſi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

16 Largimur ultro pactum nudum eſſe conventionem, quæ placiti fine ſtat: ſic enim definitur *l.27. C.de locat.* At quid hoc eſt fine placiti ſtare? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil eſſe amplius quam placitum; placitum tamen & conventionem ſeu pactionem, id eſt, duorum

rum vel plurium in idem conſenſum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit:hæc enim eſſe ἰσοδυναμοῦντα, infinitis locis oſtendi poteſt, *l.vix certis* 53. *ff.de judic. l.*4. *ff.de ſervit.l.ſi filia* 20. §.3.*ff.famil.erciſc.l.ſi diviſionem* 15. *C.eod. l.ſi plus*, *ff.de evict. l.diviſionis* 55. *ff.hoc tit. l.*8. *l.ſi pacto* 14. *l.cum proponas* 21. *l.ſi certis* 27. *C.eod. l.*7. *l.ſi diverſa* 14. *l.cum proponas* 17. *l.ſi profundo, C.de tranſact.l.pen.ff.eod.l.*3. *l.*4. *C.de rer.permut.* Sic ex converſo placitum uſque ad pactum ſtare dicitur, cum traditio ſecuta non eſt, *d.l.ſi diviſionem*, *C.fam. erciſc.*

17 Cum igitur nudum pactum ſit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat; tamen re vera & proprie tam pactum eſt, quam quod veſtitum DD.appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam veſtito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamſi deliberato animo initum ſit, deque eo conſtet, ut in ſpecie *l.ſi certis* 28. *C.hoc tit.* ubi ex temporaria illa præſtatione ſatis apparet ſeriam fuiſſe promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconſultæ, joculatoriæ aut ſimulatæ, aulicæ, & officioſæ adulationis promiſſiones ne nomen quidem pacti merentur.

18 Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis myſterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio a voto, utrumque a pacto differat; æquum igitur eſt, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur. Nuper ille, cum Eleuſinem reviſeret, ex phano legiferæ Cereris hæc reportavit, latere in illo Virgilii, *Ipſe pater famulam voveo*, &c. neſcio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento ſit eum juris fuiſſe peritiſſimum. Nam etſi votum ſpecies eſt pollicitationis, quam ob cauſam ſummus juris antiſtes ſub titulo *de pollicitationibus* etiam de votis tractaverit(quod forte illi a nemine audiverunt)illud tamen in voto præcipuum eſſe, quod ſoli patresfam. ex eo obligentur tanquam actu ſolenni: filius autem familias aut ſervus ſine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poeta. Ille vero redux vota Cereri nuncupata ſolvit faciens bienni verre.Hæc pro incerto illo auctore;cujus defenſionem & patrocinium non tam ideo ſuſcepi,quia me eum eſſe, & per latus illius me palam peti quidam ſuſpicantur, quam veritatis tuendæ gratia.

Cap. VI.

De vi nudarum conventionum.

1 *Ex nudo pacto, quamvis ſerio, jure noſtro actionem non naſci multis argumentis oſtenditur.*

2 *Reſpondetur objectioni ſumtæ ex* l.1. pr. hoc tit.

3 *Jus civile Romanorum quibuſdam conventionibus vim coactricem detraxit, & quare.*

4 *Mul-*

4 *Multa civiliter juſta, quæ naturaliter iniqua, ſi ex meris juris naturæ præceptis æſtimentur.*
5 *Exponitur* l.cum mota 6. C.de tranſact.
6 *Declaratio* l.ſolent 15. de præſcr. verb.
7 *Declaratur locus obſcurus, in* l.3. §.quinimo 4. de condict. cauſ. dat. *& occurritur objectioni ex eodem loco ſumtæ.*
8 *Si ex pacto daretur actio, cum conſtat de animo deliberato, etiam quando de eo non conſtat, danda eſſet.*

NUda conventio ſeu pactum nudum, quamvis ſerium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. *Ex nudo pacto*, inquit Paulus, *inter cives Romanos actio non naſcitur*, *lib.2. ſent. tit.14.* & Imperatores in *l.ſi tibi 27. C.de locat. Si conventio*, inquiunt, *placiti fine ſtetit, ex nudo pacto perſpicis actionem jure noſtro naſci non poſſe.* Seneca *lib.5. de benefic. cap.10.* de lege civili & promiſſione non ſolenniter facta loquens, *Quæ lex*, inquit, *ad id præſtandum nos, quod alicui promiſimus, obligat:* Denique nihil in libris noſtris eſt vulgatius hac juris regula, ex conventione, ex pactione nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non naſci, *l.juris gentium 7. §.ſed cum nulla 4. & ſeq. l.diviſionis 45. ff.hoc tit. l.ſolent 15. ff.de præſcr. verb. l.legem 10. l.cum proponas 21. l.ſi certis 28. C.hoc tit. l.ſive apud 28. C.de tranſact. l.1. C.de pact. conv. tam ſup.dot. l.5. C.de inut.ſtipul. l.2. C.de evict. l.3. C.de rer.permut.* Et hinc eſt, quod paſſim indebitum vocetur, quod pacto promiſſum eſt, *l.5. §.2.ff.de ſolut.l.ſi certis 28. C.hoc tit. l.ſi non ſortem 26. pr.ff.de condict. indeb.* & quod omnibus pactis ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſcatur, auctore Paulo *lib.2.ſent. tit.22. §.ult.* Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis ſerium, licitum & honeſtum, jure Romanorum obligationem & actionem producere: niſi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum eſſe jocularium aut luſorium, id eſt, conventionem aut pactum non eſſe; & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & ſimpliciter ex pacto actionem non naſci, hoc ſignificare, ex non pacto non naſci actionem: quod quam ridiculum ſit, nemo non videt. Tot locis, quot modo allegavi, proditum eſt, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in *l.legem 10. C.hoc tit.* ex pacto actionem non naſci: nullo autem juris loco traditum eſt, ex ſolo pacto licet juſto, actionem naſci, niſi exceptive, aut addito *interdum*, & nimirum tunc, cum vel ſpeciatim jure civili aut prætorio ad efficacitatem obligandi confirmatum eſt, *l.6. l.ſi tibi 17. §.2. ff.hoc tit. l.1. ff.de conſtit. pecun.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum, *l.juris gentium 7. §.quinimo 5. ff. l.in bonæ 13. C.hoc tit.* Quæ pacta etiam ſuo ſenſu poſſunt dici non nuda. Quod ſi ex quovis ſerio pacto oriretur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto actionem de pecunia conſtituta dat, quam ſi conſtituatur, quod jam ante debitum

Digitized by Google

bitum fuerat? *d.l.* 1. *ff. de pecun. conſtit.* an quia propter debitum præcedens hic conſtat de deliberato animo? Quare igitur de aliis rebus conſtitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, menſura conſtant? *l.2.C.eod.tit.* aut ſi cauſa ſubſit conſtituto, quid opus fuit prætorem ex ſua juriſdictione actionem comparare, cum ex conventionibus, quibus ſubeſt cauſa, naſcatur actio jure civili? *l.7. §.2. ff. hoc tit.* Denique quid tam inſulſum, quam quod quidam, interrogati, ſi pactum quodlibet ad obligandum ſit efficax, quid opus fuerit ſpeciatim ex pacto donationis neceſſitate juris adſtringere donatorem, quod primus fecerit Juſtinianus, reſpondent, conſtitutione Juſtiniani fingi donationi ſubeſſe cauſam, voluntatem ſc. exercendæ liberalitatis? Quaſi vero Juſtinianus etiam ubi donandi animus abeſt, eum finxerit adeſſe; ac non potius quia donator voluntatem ſuam aperte ac verbis in præſens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obſtrictum eſſe voluerit, qui jure gentium ſe manifeſte obſtrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut *συναίτιον* habet, *fac. l.1.§.8.ff. de pecun. conſtit.* Poſtremo ſi cujuslibet juſti pacti ea vis eſſet jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem *κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον* tolleret, *arg.l.6. eod.junct.l.Arrianus* 47.*de O.& A.l.prout* 80. *l.Stichum* 95.§.4.*ff. de ſolut.* quod tamen ſecus eſſe conſtat. Hæc tam aperta & clara ſunt, ut qui contra diſputant, non tam de veritate juris, quam de poteſtate conditoris diſputare videantur, quaſi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus eſſet, ut nihil iis addere aut detrahere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave eſſe fidem fallere, nihilque tam congruum eſſe fidei humanæ, quam placita ſervare, *l.1. ff. hoc tit.* Fateor: eſt enim fides rerum humanarum coagulum, ſanctiſſimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Jovem generata, decus divumque hominumque,
Qua ſine non tellus pacem, non æquora norunt:
Juſtitiæ conſors, tacitumque in pectore numen.

2 Ceterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes juſtæ conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adſtringimur ad præſtandum id, quod pacto promiſſum eſt, propter naturalem ſcilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l.cum amplius* 84. §.1. *ff. de reg. jur. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem ſecuti ſumus.* Et quia hæc obligatio conſcientias hominum devincit, cum ſit vinculum naturæ & æquitatis, *l.Stichum* 95. §.4. *ff. de ſolut.* ſequitur ei etiam ineſſe moralem aliquam neceſſitatem, id quod Paulus in *d.l.*84. §.1. ſignificat verbo *oportet*, & grave eſſe hic quoque fidem fallere, quamvis ponamus nullam hic eſſe reſpectu fori exterioris neceſſitatem.

3 Quanquam autem hoc ita eſt ex jure gentium, ut omnes honeſte conventiones ſervari debeant: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum obſervantiam, ſed utilitatis cauſa

qui-

quibuſdam conventionibus vim coactricem detraxit, ut hic ſola paciſcentium fide ſtaretur, ne ſi ex qualibet conventione actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo: vel potius, quia Romani juris conditores honeſtius atque ad excitandum virtutis ſtudium conducibilius exiſtimaverunt, quædam relinquere hominum inter ſe ſpontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum neceſſitate adſtringere. In neceſſitatibus enim nullus eſt virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teſte Ariſtotele 3. *Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depoſitum reddidit, aut quod debebat, citra judicium ſolvit? Auguſtinus laudans factum Sancti Aurelii Epiſcopi Carthaginenſis, quod reddidiſſet donatori ob liberos ei poſtea natos, quæ ille Eccleſiæ donaverat, *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopus non reddere, ſed jure fori, non jure poli, c. ult. cauſ.* 17. *quæſt.* 4. Nullam autem laudem meruiſſet Aurelius, ſi ad reddendum jure fori fuiſſet obſtrictus. Atque hoc ipſum puto ſignificare voluiſſe Ciceronem *lib.* 2. *de invent.* cum ait, *Pactum eſt, quod inter aliquos convenit, quod jam ita juſtum putatur, ut juri præſtare dicatur.* Cui ſimile illud apud Cornificium *ad Herenn. lib.* 2. *Pacta ſunt, quæ ſine legibus obſervantur ex conventione, quæ juri præſtare dicuntur*; quo haud dubie id ſignificatur, pacta legibus ipſis juſtiora & præſtantiora eſſe exiſtimari, quoniam in his implendis atque obſervandis probitas cujuſque & fides elucet; quæ bonis viris pro lege ſit, & omni jure antiquior. Nimirum anguſta innocentia eſt, ſecundum leges bonum eſſe. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas ſunt? Hæc Seneca *lib.* 5. *de benefic.* Futile vero eſt, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere contra definitionem *l.* 6. *ff. de juſtit. & jur. l. bona fide* 31. *ff. depoſ.*

4 Multa ſunt civiliter juſta, quæ naturaliter iniqua, ſi ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æſtimentur, qualia literarum obligatio, uſucapio, præſcriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile, quod naturaliter obligaret, verbi gratia, jure naturali ſeu gentium tenetur quiſque reddere quod mutuo accepit: at jure civili excuſantur filiusfam. & minor 25. annis. Jure gentium unuſquiſque ex ſponſione ſua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio ſpondens. Itaque iſti, licet naturaliter obligati ſunt (non enim vel patria poteſtas, vel ætatis ſexusve imbecillitas jus naturæ diſſolvere poſſunt) tamen civiliter non tenentur. In materia ſucceſſionum quam longe recedit lex 12. tabularum a ſimplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum ruſticorum efficax non eſt, niſi interveniente inſtrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla eſt, aut fuit, in qua longius ab eo jure receſſum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari poteſt: quæ ſi cum aliis populis ſtrictius jus gentium coluerit, id neceſſitatis fuit, ceſſante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et vero, ne tempus teram in removendis

vendis jejunis quibuſdam objectiunculis, cur lege civili hoc conſtitui nequeat, ut non niſi ſub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax ſit ad agendum, ex conſenſu naſcatur?

5. Objiciunt tamen & locos quoſdam petitos e corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventione actionem naſci. Loci ſunt, *l.cum mota 6. C.de tranſact. l.ſolent 15. ff.de præſcript.verb. l.3. §.4. ff.de cond.ca.dat.* *Θεματισμὸς d.l.cum mota* hic eſt. Mater a filio immerito exheredata aut præterita tranſegit cum ſcripto herede, adverſum quem querelam moverat inofficioſi, hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, a lite diſcederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perſeverans voluntate deceſſit. Cum portio promiſſa filiis iiſdemque heredibus matris non præſtaretur, quæſitum eſt primo, poſſintne filii omiſſam a matre querelam redintegrare; deinde ſi non poſſint, an non ſaltem aliud remedium iis paratum ſit adverſus placita non ſervantem. Ad prius reſpondet Imp. Alexander, omiſſam ſemel querelam inſtaurari ab heredibus matris non poſſe. Ad alterum, ſi ſtipulatio conventioni ſubdita fuerit, ex ſtipulatu actionem competere, aut ſi omiſſa ſit verborum obligatio, tum actione præſcriptis verbis diverſam partem, ut promiſſa præſtentur, poſſe conveniri. Igitur, inquiunt, quod tranſactionis cauſa promiſſum eſt, etſi pacto tantum & citra ſtipulationem, id nihilominus peti poteſt, & competit eo nomine præſcriptis verbis actio. Reſpondeo, non eſt in ſpecie hic propoſita pactum aut conventio nuda, ſed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi cauſa præter conventionem, & quæ ſic conſtituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri tranſigenti pars bonorum promiſſa eſt, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promiſit ſe a lite diſceſſuram, quod & re implevit: morte enim ſua & ſilentio ſic finivit litem de inofficioſo, ut ab heredibus ejus non poſſit inſtaurari. Ubi autem pactum, quamvis tranſactionis cauſa interpoſitum, intra terminos placiti conſiſtit, nulla ex eo jure noſtro actio naſcitur, *l.cum proponas 21. C.de pact. l.ſive apud 28. C.de tranſact. Hotom.Dom.poſt Gloſſ.& DD comm. ad d.l.cum mota.*

6 Alter locus, qui objicitur, eſt *l.ſolent 15. ff.de præſcr.verb.* ubi ita Juriſconſultus; *Quod ſi ſolutum quidem nihil eſt, ſed pactio interceſſit ob indicium, hoc eſt, ut ſi indicaſſet, apprehenſusque eſſet fugitivus, certum aliquid daretur; videamus, an poſſit agere. Et quidem*, inquit Juriſconſultus, *iſta conventio non eſt nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: ſed habet in ſe negotium aliquod: ergo*, inquit, *civilis actio oriri poteſt, id eſt, præſcriptis verbis, &c.* Igitur, inquiunt, hic ex ſola conventione & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam eſſe, quæ in ſe negotium aliquod habet. Atqui, inquam, Juriſconſultus expreſſe negat in ſpecie a ſe propoſita ex pacto, id eſt, ex ſolo pacto, actionem naſci; aitque conventionem iſtam habere in ſe aliquod negotium, unde civilis oriatur actio. Per negotium ergo haud dubie intelligit cauſam aliquam accedentem

Digitized by Google

dentem ad conventionem, quæ ſit fundamentum *συναλλάγματος*, & actionis civilis, ut ipſe hoc alibi explicat, *l.7. §.2. ff. hoc tit.* atque in propoſito factum ſeu indicium actoris præmium proeo promiſſum petentis. Itaque cum ait Juriſconſultus, *videamus an poſſit agere*, perinde hoc eſt, ac ſi dixiſſet, videamus an qui ſuſcepit ſe indicaturum eſſe ſervum fugitivum, is poſtquam indicavit, pactum pro indicina præmium petere poſſit. Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Juriſconſultus actionem concedens ſupponit actorem, quod recepit impleviſſe, quo ſubſecuto conventio deſinit eſſe nuda, & incipit in ſe habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet, conſtituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honeſtas vel naturalem ex jure gentium obligationem producit: imo contra obſtat etiam ipſa hujus juris ratio. Sed & illi ipſi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujuſmodi conventione cum effectu agi poſſe, quam res ſecuta ſit, licet obligatio ſtatim naſcatur: in quo tamen & ipſo errant, cum hic deſit fundamentum obligationis, ut plene demonſtrabitur *c.8.*

7 Tertius locus eſt Ulpiani in *l.3. §.quinimo 4. ff. de cond.cauſ. dat.* Verba hujus loci ſunt; *Quinimo etſi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu naſcitur, id eſt, condictionem, defuncto quoque eo.* Primum quæro, qualis ſit illa condictio, quam ait ex contractu propoſito naſci? Non utique condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua conceptus eſt titulus, cum nihil datum proponatur, ſed tantum placitum, ut daretur, & condictio ex notiſſimo juris uſu, præſertim in hoc tractatu, ſignificet alicujus rei, quæ a nobis profecta ſit, repetitionem. Dices Juriſconſultum intelligere actionem præſcriptis verbis. Jam iterum quæro, ubi actio præſcriptis verbis in jure noſtro appelletur condictio? Imo a condictione perpetuo diſtinguitur, *l.5. §.1. & ſeq. ff. de præſcr.verb.* tum condictio vulgare eſt & uſitatum actionis nomen, certam ſolennemque formulam habens; cujuſmodi actionibus deficientibus demum actio præſcriptis verbis datur, *l.1. l.2. & ſeq. d.tit.* Sed concedamus Juriſconſultum intelligere actionem præſcriptis verbis, quid hac actione perſequemur, certamne ſummam, quæ promiſſa ſit? Minime: ſic enim diceremus ex hujuſmodi contractu competere certi condictionem ad rem, de qua convenit, petendam, uti ex mutuo, ceteriſque cauſis & obligationibus, ex quibus certum petitur, *l.certi condictio 9. ff. de reb.cred.* quod falſum eſt. Nam præſcriptis verbis actio non ſolum nomine & titulo actionis incerta eſt, ſed etiam rei petitione, competens in id ſolum, quod intereſt, etiamſi de re certa danda convenerit, *d.l.5. §.1. & 2. ff. de præſcr.verb. l.4. & 2. ſeqq. C. de rer. permut.* id autem, quod intereſt, incertum eſſe conſtat, *l.ſi pœnam 68. de verb. obl. l.quatenus 24. de reg. jur.* unde etiam actio hæc incerta, *l.6. C. de rer. permut. l.3. C. de inut. ſtipul.* & paſſim actio incerti dicitur, *l.7. §.2. ff. hoc tit. l.6. l.8. & l.ſeq. ff. de præ-*

ſcr.

ſcr. verb. Itaque in actione præſcr. verb. non ſervatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares. Revertamur jam ad propoſitum. Si ex hac conventione, *dabo tibi decem, ut Stichum intra menſem manumittas*, Sticho ante manumiſſionem intra menſem mortuo, tibi competit actio præſcriptis verbis; ea autem actio non competat, niſi in id, quod intereſt; ſequitur neceſſario ex ſola conventione hic actionem non dari: ſed ita demum, ſi is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei abſit, quod alioqui facturus non fuerat, puta ſi jam ſumtus fecerit neceſſarios in profectionem ad prætorem; vel non fecerit, puta ſervum non vendiderit, quod alioqui facturus erat, per *l.5. in pr. & §. ult. ff. de cond. cauſ. dat.* ut quibus caſibus & quatenus ceſſat condictio ſive repetitio, ſi datum quid ſit, iiſdem caſibus & eatenus competat actio præſcriptis verbis, ſi promiſſum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum ſint contractus innominati, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, neceſſe eſt, ſi ſpeciem propoſitam ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipſa nomina demonſtrant: nam dabo ut facias, vel faciam ut des, non eſt contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non a ſimplici conventione, ſed a datione aut facto ad conventionem accedente naſcatur & incipiat, *l.1. §.2. ff. de rer. permut. l.3. C. eod.* niſi quid hic turbatum a Triboniano, quod putat Ant. Faber *in ration.* dicendum eſt locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des*. Quid ſi dicamus in ſpecie propoſita cauſam, ob quam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod caſu fortuito factum, ut impleri non potuerit? Sane ubi jam quid datum eſt ob cauſam, cauſa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non ſtetit, quo minus cauſam impleret: & ſic ex caſu fortuito liberatio ſequitur, ceſſatque ob cauſam dati condictio, *l.3. §. quid ita 3. ff. de cond. ca. dat. l. pen. C. eod. l.5. §.1. verſ. ſed ſi ſcyphos, ff. de præſcr. verb. l.1. §. Divus 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam eſt communis interpretum ſolutio.

8 Effectum igitur eſt, inter cives Romanos ex nuda conventione actionem non naſci, licet ex cauſa honeſta facta ſit, ſerioque ac deliberato animo inita, utut etiam de eo conſtet. Quod ſi enim actio ex ea daretur, cum conſtat de animo deliberato, etiam quando non conſtat, interim danda eſſet, ut fit in ceteris cauſis omnibus, ex quibus obligationes & actiones naſcuntur; permittendumque actori probare conventionem interveniſſe, quo probato induci deberet præſumtio, ſerio quoque interpoſitam fuiſſe: alias quælibet conventiones & pacta paſſim eludi poſſent. Et quidni etiam permitti oporteret actori jusjurandum in judicio reo deferre, quemadmodum alias fieri ſolet, præſertim ubi quid aſſerendum eſt, quod latet in conſcientia ejus, cui defertur jusjurandum? Neque enim ſoli Deo notum, ſerione promiſſio aliqua facta ſit, an ſecus? verum etiam promittenti.

CAP. VII.

Digitized by Google

TH-IV.1…

Cap. VII.

Aliarum gentium, & hodie moribus noſtris, & canonum jure, etiam ex nuda conventione actionem dari.

1 *Jure naturæ & gentium pacta quævis ſeria obligationem efficacem parere.*
2 *Franciſci Connani contraria ſententia refellitur.*
3 *Apud alias gentes ignotam fuiſſe illam Romanorum inter pactum & ſtipulationem, &c. diſtinctionem.*
4 *Etiam jure Canonum quamlibet conventionem efficaciter obligare.*
5 *Cujacii & aliorum errores deteguntur.*
6 *Moribus quoque hodiernis pacti ſimplicis eandem vim eſſe, quæ eſt ſtipulationis jure civili.*

1 ETſi conventiones nudæ, quantumvis voluntate ſufficienter ſignificata, legum Romanarum vinculis adſtrictæ non ſunt, ad earum tamen obſervationem naturæ & gentium jure adſtringimur. Nihil enim æquitati naturali magis conſentaneum eſt, quam ſtare conventis, placita fidemque ſervare; quod etiam prudentum reſponſa declarant, *l.1. pr. ff.hoc tit. l.1. ff.de pecun. conſtit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet juſta pactio obligationem parit naturalem: eaque obligatio, ſi unam dempſeris actionem, eoſdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis ſimul, de quo agemus poſtea: unum tantum hic exempli cauſa proferam, ſi ex pacto quid ſolutum ſit; licet enim id ſolutum per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem noſtro repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur, *l.naturales 10. ff.de oblig. & act. l.7. ff.de fidejuſs.* & hoc quoque ſignificat Paulus in *l.cum amplius 84. §.1. ff.de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem ſecuti ſumus. Agit enim illic de condictione indebiti; quæ ceſſat, ſi quid ex qualicunque pacto ſolutum ſit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari opportebat.

2 Itaque minime admittenda eſt ſententia Franciſci Connani *lib.1. comm.cap.7. & 5.cap.1.* fatentis quidem conſentaneum eſſe æquitati naturali, & honeſtum, pacta ſervare, negantis tamen id eſſe neceſſarium, & negantis in univerſum ea pacta, quæ non habent *συνάλλαγμα*, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecundiæ. Certe Pauli noſtri longe alia mens fuit, qui eum, cujus fidem ſecuti ſumus, pronunciat jure gentium dare oportere; quo verbo utique vinculum

Digitized by Google

lum juris & moralis ſignificatur neceſſitas. Marcus quoque Tullius *lib.1. de off.* tantam promiſſis vim tribuit, ut fundamentum juſtitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri poteſt, cur leges, quæ quaſi pactum commune ſunt populi, quo nomine a Demoſthene adverſus Ariſtogitonem, & a Papiniano noſtro *l.1. ff.de legib.* appellantur, obligationem pactis addere poſſent; voluntas autem cujuſque hoc ſerio agentis, ut ſe obliget, idem non poſſit. Admiſſa denique Connani ſententia, ſequeretur nullum inter reges & diverſos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præſtitum eſt, jure gentium vim eſſe, præſertim iis in locis, ubi nulla forma fœderum aut ſponſionum reperta eſt, ut recte Grotius *lib.2. de jur. bell.& pac. c.11.*

3 His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam, quæ nuda appellamus, obligationem & actionem produxerunt. Nam neque apud Græcos, neque ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit ſubtilis illa differentia inter pactum & ſtipulationem. Romanorum ſunt hæc tam multa & diſtincta quaſi rerum diverſarum vocabula, ad anxiam quandam formularum ſuperſtitionem adſtricta, pactum, ſtipulatio, conſtitutum, actio conſtitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio: quæ diſcrimina jus naturæ ignorat. Quin & Paulus Juriſconſultus ipſe hoc fateri videtur *lib.2. ſent. tit.14.* cum ait, *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non naſcitur*, quaſi dicat non negare ſe, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non ſubjectos actio ex pactis naſcatur. Idem quoque haud obſcure innuunt Imperatores in *l.ſi tibi 27. C.de locat. Si conventio*, inquiunt, *placiti fine ſtetit* (id eſt, ſi ſtipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perſpicis actionem jure noſtro naſci non poſſe*, quaſi dicant, etiamſi maxime aliarum gentium jure naſcatur: & ideo ſtipulatio pactis ſubjici debebat, ut ex ſtipulatu actio naſceretur. Paulus *d.lib.2. tit.22. §.ult. d.l.ſi tibi 27. C.de locat. l.petens 27. C.hoc tit.*

4 Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obligare atque actionem producere, communis eſt Canoniſtarum ſententia, *Felin. in c.1. n.5.& 6. ext.de pact. Panorm.& Imol.ibid.Covar.in c.quamvis eod.in 6.p.2. §.4.* quam ego ſententiam veram quoque eſſe non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes, inter quos *Alciat. lib.5. paradox 3. Connan.5. comm.3. Ant.Fab. ad l.juris gentium 7. §.ait prætor 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d.c.1. ext. hoc tit.* (quod ſumtum ex concilio Carthaginenſi) ita loquitur Antigonus Epiſcopus; *Aut inita pacta ſuam obtineant firmitatem, aut conventus Eccleſiaſticam ſentiat diſciplinam. Dixerunt univerſi, Pax ſervetur, pacta cuſtodiantur.* Ait Antigonus *conventus*: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cujuſmodi pacta etiam prætor ſervat data exceptione: ſed de eo, qui ſe alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor δύναμιν ἀναγκαστικὴν, quam jus civile iis detraxit, non reſtituit. In *d.c.3. ext.eod.* ait Pontifex Romanus; *Studioſe agendum eſt, ut ea, quæ permittuntur, opere compleantur.*

Digitized by Google

tur. Ecce non ait, quando quis pactus eſt, ne petat, quod eſt pactum liberatorium pariens exceptionem etiam jure civili: ſed quando quis ex promiſſione ſe obligavit, quod pactum eſt obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam eſt inſcriptio ex Gregorii regiſtro, *Judex debet ſtudioſe agere, ut promiſſa adimpleantur.* Et ergo agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto ſe obligavit: eſt enim titulus ille *de pactis.* His adde quod præſumendum eſt, auctores juris Canonici in caſu conſcientiæ, ne peccatum foverent, ſecutos eſſe jus naturale & divinum: utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ ſunt ac validæ.

5 Fallitur ergo Cujacius, aſſerens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet juſta conventione, etiam nuda, naſci actionem, quaſi, inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor in *l.juris gentium 7. §.ait prætor 7. ff.hoc tit.* Pacta quidem ſervari debent jure pontificio, inquit, ſed ſuo nempe modo, ut ea ſervat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Male. Nam, uti jam oſtendimus, in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promiſit, impleat: & porro igitur etiam futile eſt, quod alii objiciunt, inter jus canonicum & civile non eſſe introducendum diſcrimen ſine canonis alicujus auctoritate, *c.1. & 2. ext.de oper.nov.nunt.* Jam enim duos expreſſos canones allegavimus. Obſtat tamen, inquiunt, quod in *d.c.1. ext.hoc tit.* pœnæ excommunicationis ſubjicitur, qui non præſtat id, ad quod ſe pacto obligavit. Imo contra recte arguas. ſi adverſus eum pœna excommunicationis ob fidem non impletam ſtatuitur; multo magis adverſus eum, ſi obnoxius ſit ulli foro ſeculari, judicium illo foro inſtitui poterit, quod eſt levius. Unde etiam ſtatim in *d.c.3.ext.eod.* Gregorius judici ſeculari id mandat, ut pacto promiſſa curet impleri judicio in eam rem dato. Falſum autem eſt, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum eſſe, ubi ordinarium remedium deeſt, per *c.novit.13. extr. de.judic.* Nam in *d. c.novit* Pontifex duntaxat Eccleſiaſticam cenſuram ſtringit & exercet in Regem Galliæ Philippum, qui Angliæ Regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno ſuo major, judicio civili aut actione aliqua inſtituta conveniri non poterat: cum Reges jus in armis poſitum habeant: nec aliud ſtatuitur *d.c.novit.*

6 Et communem hanc Canoniſtarum ſententiam, aut potius expreſſos juris canonici textus, ſequuntur hodie mores noſtri, daturque hodie etiam ex nudo & ſimplici pacto actio: pactiſque eadem vis tribuitur, quæ eſt ſtipulationis jure civili: *Gud.lib.3.de jur.nov.c.5. Grot.lib.3.introd.ad juriſpr. Bat.c.2.* ſicut & pleraque alia ad ſimplicitatem juris gentium redacta ſunt. Tantum meminerimus diſtinguendas eſſe promiſſiones ſerias, meditatas & conſtantes, ab inconſideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non diſpoſitive, ut loquuntur, nec ſerio, ſed vel narrative, vel per jocum & aliud agens, aut officioſe adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum,

E non

non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem ſervandis ſumma nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium. ſolennibus illis & ſcrupuloſis juris civilis ſublatis. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promiſſorum ſervare, ut fiat, quod dictum, ſive nudis verbis, id eſt, nudo pacto, verbis ſolennibus, id eſt, ſtipulatione fides data ſit.

C A P. VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta veſtita.

1 *Quid ſit conventio non nuda, & quibus ex notis cognoſcatur.*
2 *Contractus quid ſit.*
3 *Cur contractus nominati certo jure actionem producant, & cur ita appellentur.*
4 *An permutatio contractus nominatus.*
5 *An actio æſtimatoria deſcendat ex contractu nominato.*
6 *Tranſactio nec nomen contractus eſt, nec ſpecies.*
7 *Contractus innominati, eorumque ſpecies.*
8 *Quid nomine cauſæ noſtri intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo cauſa ſubſit, actionem naſci.*
9 *Illuſtratur res exemplis.*
10 *Falſum eſſe, quod quidam tradiderunt, cauſam in propoſito ſignificare id, quod paciſcentes movit, ut convenirent, &* No.19.
11 *Poſita pura & efficaci obligatione, neceſſario ponitur & actio efficax.*
12 *Actionem præſcriptis verbis dari non poſſe ei, qui nihil dum fecit aut præſtitit.*
13 *Refutatur futilis quædam diſtinctio inter obligationem & actionem, quæ naſcatur jure conventionis, & eam, quæ ex perfectione & ſecundum perfectionem contractus.*
14 *Eadem clare refellitur per* l.3. C.de rer.permut.
15 *Item per* l.diverſionis 45. hoc tit.
16 *Item per* l.contractus 17. ſub fin. C.de fid.inſtr.
17 *Nemo ab obligatione ſemel conſtituta invito adverſario recedere poteſt, &* No.23.
18 *In conventionibus innominatis, quod datur aut fit, non dari aut fieri ob cauſam præteritam, ſeu ex neceſſitate obligationis notæ ex ſola conventione, ſed ob cauſam futuram, ut accipiens illa datione,* &c. *efficaciter obligetur.*
19 *A conventione nominata ad innominatam non procedit argumentatio.*

20 *Na-*

Digitized by Google

20 *Natura contractuum innominatorum.*
21 *Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia fiunt.*
22 *Definitio contractus a Labeone tradita* l. 19. de verb.ſign. *non contractus omnes, ſed διπλευρεῖς tantum complectitur.*
23 *Contractum a Theophilo minus recte definiri.*
24 *Nec pacta legitima, nec ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus eſſe, aut cum contractibus confundenda, ſed manere pacta nuda, ſi per ſe ſpectentur.*
25 *Græcos quoſdam pacta legitima a nudis ſegregare, contractibus adjecta non item.*

1 CONventio non nuda ſive veſtita eſt, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoſcitur, ſi proprium conventio nomen ſortita ſit, vel ſi conventioni ſubſit cauſa agendi, quod ab Ariſtone Mauriciano, & Ulpiano in *l.juris gentium* 7. *§.2. boc tit.* appellatur συνάλλαγμα: alibi negotium dicitur, *l.ſolent* 15. *ff. de præſcr. verb.* & negotium civile, *l.*1. *ff.de æſtim. act.* Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque noſtro obligationem & actionem producunt.

2 Contractum igitur ſic definio: Contractus eſt conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente cauſam. Definitio tantum non iiſdem verbis tradita in *d.l.juris gentium §.*1.*& 2. hoc tit.* Itaque duo ſunt harum conventionum genera, unum earum, quæ ſpeciale nomen habent; alterum earum, quæ carent.

3 Prioris generis ſunt emtio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum, commodatum, depoſitum, & ceteri ſimiles contractus: qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producunt; non utique propter nomen, quod extrinſecum quid eſt atque accidens, ſed propter utilitatem commercii, cujus indicium eſt, quod certo ac proprio nomine appellantur, ut hoc explicat Donell. *lib.*12. *comm. c.*9. Nimirum etſi nomen ad eſſentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit a poſteriori. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio eſſet in uſu communi: uſus conventioni nomen peperit. Utilitas cauſa eſt obligationis conſtituendæ, nomen indicium & nota conſtitutæ. Aliter hoc explicat Grot. *lib.*2. *de jur. bell. & pac. c.*12. *n.*3. putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo ſic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob uſum frequentiorem vim quandam & naturam acceperunt talem, quæ etiamſi nihil dictum ſpecialiter, ex ipſo nomine ſatis poſſit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in ceteris contractibus minus frequentibus hoc tantum ineſſet, quod dictum & factum erat; ac proinde non communis aliqua & uſitata, ſed accommodata ad ipſum factum

Digitized by Google

daretur formula, quæ ideo præſcriptis verbis dicebatur.

4 Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipſa proprium nomen habeat, a numero contractuum nominatorum excluditur, *l.1. §.2. ff.de rer.permut.* quanquam ſunt, qui credunt contractui *do ut des*, nomen permutationis inditum tantum per abuſionem,quatenus contractus ille ad permutationem directus eſt: nam proprie permutationis nomine ſignificari mutuam ipſarum rerum mutationem & translationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi dominii, & alias omnes pene contractus velut permutatione quadam conſtant. Utut ſit, conſtat permutationem in numero contractuum nominatorum non cenſeri.

5 Sed neque actio, quæ de æſtimato proponitur, deſcendit ex contractu aliquo nominato, ſed eo, de cujus nomine ambigitur, & negotio, quod partim venditioni, partim locationi, partim mandato ſimile videtur, *l.1.ff.de æſtimat.* ideoque nec actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita eſt, quanquam nacta eſt æſtimatoriæ appellationem, quod fit de re, quæ æſtimato vendenda data eſt.

6 Illi autem toto cœlo errant, qui etiam tranſactionem putant contractum eſſe proprii nominis; quippe cum tranſactio nec nomen ſit contractus, nec contractus ſpecies. Etenim ſi proprie loqui volumus, non habet ſe contractus ad tranſactionem, ut genus ad ſpeciem, ſed modus eſt tranſigendi: nam interdum nuda pactio tranſactionis cauſa intervenit, aliquando ſtipulatio, quandoque datio aut retentio, *l.cum proponas 21. C.de pact. l.2. l.pact.15. ff. de tranſact. l.6. l.ut reſponſum 15. l. ſive apud 28. l.ſi pro fundo 33. l.tranſactio 38. C.eod.* quæ diverſa ſunt ab ipſa tranſactione & terminatione litis. Unde cum proprie noſtri loquuntur, dicunt pacto tranſigere, pactum, conventionem, placitum tranſactionis cauſa intercedere aut interponi, *d.l.cum proponas 21. C.de pact. l.7. l.ſi de certa 31. C. de tranſact. l.ſi inſtituta 27. pr. ff.de inoff. teſtam.* Modi autem tranſigendi non ſunt genera tranſactionis: & per ſe conſiderata tranſactio diverſum quid eſt a contractu, cui etiam opponitur in *l.1. §.3. ff.de pact.*

7 Poſterius genus earum erat conventionum, quæ ſpeciali nomine carent, ſed quibus præter conſenſum ſubeſt cauſa, ut hoc exprimit Juriſconſultus *d.l.7.§.2.ff.hoc tit.* Hæ conventiones,eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipſæ jure noſtro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & uſitatam, ſed in factum præſcriptis verbis, *d.l.7. §.2. hoc tit. l.1.& paſſ.ff.de præſc.verb.* Sunt autem hujus generis contractuum ſpecies quatuor, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, *l.5. pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, facio ut des, non tam civilis incerti præſcriptis verbis actio, quam in factum prætoria dari videtur, aut ſi dolus aliquis arguatur, de dolo, *d.l.5.§.3. l.ſolent 15. in fin. d.tit. l.4.C.de dol.* Sed hæc non ſunt hujus loci. Illud tantum hic inveſtigandum eſt, quid nomine cauſæ Juriſconſulti intelligant,

cum

Digitized by Google

cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo cauſa ſubſit, actionem naſci.

8 Et quidem de cauſa finali id intelligi non poteſt, cum in omni conventione paciſcentibus finis aliquis propoſitus ſit: neque de cauſa impellente ſeu ea, quæ paciſcentes movit ad conveniendum, ut quidam ſomniaverunt: nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus cauſa ſubeſt, aliquid eſt, quod paciſcentes impellat ad conventionem ineundam, verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ ſummam dares, & ego a lite, quam tibi movi, diſcederem; aut ut invicem ſervos noſtros permutaremus: hæ conventiones nudæ ſunt, ut proinde ex iis non naſcatur actio, *l. cum proponas 21. C. de pact. l. ſive apud 28. C. de tranſact. l. 3. C. de rer. perm.* negari tamen non poteſt, quin alicujus rei contemplatione moti hujuſmodi conventionem iniverimus: nimirum quia ego malui accepta certa ſumma a lite diſcedere, tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum ſervum, tu maluiſti meum. Ac de ſimilibus idem judicium eſto. Sed quid cunctamur cauſam accipere pro datione vel facto ad conventionem ſive ſtatim ſive poſtea accedente, ſeu pro implemento ab alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque eſt aut factum ab uno? Sane Juriſconſultus Græcus reſponſo περὶ ψιλ. συμφ. hanc rem ſic explicat; *ἥνωται*, inquit, *τούτοις (συμφώνοις ἰδικὰς ἔχουσι προσηγορίας) καὶ τὰ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ γενικῷ δὲ τοῦ συναλλάγματος ὀνόματι κεκλημένα ἡνίκα προηγήσηται δόσις ἢ ποίησις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει εὐλόγου. τοῖς συναρέσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. τίκτονται δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ πρόσφοροι ἀγωγαί.* i.e. *His* (ſc. conventionibus nominatis) *juncta ſunt & illa, quæ nomen quidem proprium nacta non ſunt, ceterum generali nomine contractus appellantur, cum prius aliquid datur vel fit, ut viciſſim aliquid detur vel fiat, videlicet ut juſta paciſcentibus cauſa ſubſit. Naſcuntur enim & ex his utiles actiones.* Atque hinc eſt, quod cum pactum nudum ſit conventio innominata cauſam non habens, Græci id definiverint, *ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις*, &c. ex quo etiam ſimul apparet, eam conventionem, quæ cauſam habere dicitur, iis eſſe, *ἡνίκα προηγήσηται δόσις*, quod ipſum & Paulus indicat *l. 8. in fin. ff. de præſcr. verb.* ubi ait pactum nudum non eſſe, quoties certa lege aliquid datur; & aliis innumeris locis ſignificatur, *l. 5. per tot. & paſſ. ff. de præſc. verb. l. diviſionis 45. ff. hoc tit. l. 6. l. ſi pro fundo 33. C. de tranſact. l. 3. l. 6. C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque ſenſiſſe Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* ex his ejus verbis perſpicue patet; *Sed & ſi in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa, eleganter Ariſto Celſo reſpondit, eſſe obligationem; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias.* Cum autem nulla talis conventioni innominatæ ſubeſt cauſa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem naſci,

d. l. 7.

Digitized by Google

d.l.7. §.ſed cum 4. Ajo autem *conventioni innominatæ*. Nam in conventionibus nominatis, ſi requiſita quædam adſint, ut verbi gratia in venditione & locatione, ſi de pretio aut mercede convenerit, etiam ante quam ab altero contrahentium quid præſtitum ſit, obligatio naſcitur.

9 Jam exemplo rem declaremus: Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum. Hæc conventio nuda eſt conſiſtens intra terminos puri placiti, licet uterque noſtrum certo intuitu talem conventionem inierit; ego, quia malui habere Pamphilum; tu, quia Stichum. At ſi aut ego a mea parte, aut tu a tua dando conventionem impleſti, hic jam conventio deſinit eſſe nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens *cauſa* noſtris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem judicato. Paulus *negotium* vocat, *l.ſolent* 15. *ff.de præſcr.verb.* Ulpianus in *l.*1. *ff.de æſtim. act. negotium civile*, id eſt, tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens conſtituit συνάλλαγμα, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem fere in hac re explicanda nobiſcum ſentiunt interpretes noſtri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorſum ergo tam operoſa hujus ſententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit, ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficacem: quanquam ex ea non ante efficaciter agi queat, quam quid ex conventione præſtitum fuerit: cauſam autem apud Ulpianum *d.l.*7. *§.*2. *&* 4. *hoc tit.* non ſignificare dationem aut factum aliquod interveniens, ſed cauſam præcedentem, quæ paciſcentes movit, ut convenirent.

10 Ego vero non video, quomodo hæc conſiſtere poſſint, ex conventione naſci puram & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligatione efficaciter agi non poſſe. Utique enim efficacia & vis obligationis conſiſtit in juris vinculo, quo neceſſitate adſtringimur ad aliquid præſtandum; neceſſitas in eo, ut niſi obligatus præſtet, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præſtandum compellere. Ac proinde poſita pura & efficaci obligatione, neceſſariò quoque ponenda eſt efficax actio, cum ſecundum regulam Logicorum, qualis eſt cauſa, talis quoque ſit effectus.

11 Ut ecce, emtio & venditio contrahitur ſimul atque de pretio convenerit; & quia hinc ſtatim oritur mutua & efficax obligatio, ſtatim etiam, licet nihil aliud intervenerit, ex ea obligatione agi poteſt, modo offerat actor, quod viciſſim eum præſtare oportet, *l.Julianus* 13. *§.offerri* 8. *l.qui pendentem* 25. *ff.de act.emt.* Pari ergo ratione, ſi verbi cauſa hujuſmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des*, æque ſtatim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea ſtatim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promiſit, modo ille paratus ſit Stichum dare. Atque hanc quoque eſſe apparet mentem eorum, qui aſſerunt ex conventione innominata obligationem ſtatim naſci, ex qua etiam agi poſſit, quanquam cum effectu non poſſit, niſi poſtquam ab uno datum

quid

quid ſit, aut factum, quia ad confirmandam ſententiam ſuam utuntur exemplo emtionis & venditionis, negantque ullam eſſe circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam vere & rationi juris noſtri convenienter hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonſtrari poteſt, quam parum hæc juri noſtro ſint conſentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo conſenſu, ſimulac de mercede pro uſu rei danda convenit: atque ut hic ex ſola conventione, nulla re interveniente, oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præſens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter poteſt, ut præſtet frui, quod conductum eſt, licere, *l.9. l.15. §.1. l.ſi fundus 33. l.& hæc diſtinctio 35. ff.locat.* at ex ſola conventione innominata agi cum effectu non poſſe fatentur ipſi adverſarii: qui ſi pro firmamento ſuæ opinionis non tam exemplum emtionis & venditionis, quam locationis & conductionis attuliſſent, fortaſſis ipſi deprehendiſſent errorem ſuum. Ceterum nec oblationem vim implementi habere in contractibus innominatis oſtendemus poſtea. Ad hæc perperam inter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventionis innominatæ datione demum aut facto interveniente συναλλάγματα ſive contractus eſſe & appellari incipiunt: quamdiu autem res adhuc integra eſt, nudæ tantum ſunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure noſtro naſcitur, ut ſupra ſatis abundeque demonſtratum eſt. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventione naſci ſolo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem poſſit, ſed non cum effectu: quæ ergo erit iſta actio? nimirum præſcriptis verbis, inquiunt.

12 Quod ſi porro quæras, quomodo formula actionis præſcriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem geſtam demonſtrat, *l.6. in fin. C.de tranſact.* accommodari poſſit ei, qui nihildum fecit, aut præſtitit, reſpondent pro varietate conventionis formulam poſſe concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; quippe hos contractus, non ita vocari ratione conventionis, ſed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, ſi eis credimus, hæ conventiones *dabo ut des, dabo ut facias*, &c. referendæ ſunt ad illas *do ut des, do ut facias*, &c. Et verbi cauſa ſi inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu ſervum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum & rem geſtam compoſitis, in quæ & prætor judicem det hoc modo: *Si paret Mævium decem Titio dediſſe ea lege, ut ſervum ſuum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur*, aut contra; *Si paret Titium ſervum ſuum manumiſiſſe ea lege, ut decem a Mævio acciperet*, &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, non dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præſcriptis in factum verbis. Sed nec illud verum

eſt,

eſt , quod ajunt contractus *do ut des* , *do ut facias* , &c. ita vocari ratione impletionis tantum , non conventionis : nam verba illa do ut des manifeſte etiam conventionem exprimunt, ſed præter conventionem adſignificant cauſam quæ conventioni ſubeſt, ſive negotium interveniens , quod fundamentum eſt συναλλάγματος , efficitque , ut conventio amplius non ſit nuda , & ex ea naſcatur civilis actio .

13 * Cum vident etiam in textibus pleriſque , qui huc pertinent , expreſſim negari in conventionibus innominatis nudo ſolove conſenſu obligationem conſtitui , & nominatim, ut alios præteream, in *l.1.§.2.ff.de rer. permut.* quo loco Juriſconſultus diſerte ait , permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere , confugiunt ad neſcio quam diſtinctionem, qua non obſervata ajunt, quotquot ſunt & fuerunt hactenus Interpretes, hallucinatos eſſe: nimirum aliam ajunt obligationem & actionem naſci jure conventionis , aliam ex perfectione & ſecundum perfectionem contractus ; qua diſtinctione adhibita facile quivis ex hujuſmodi laqueis ſe poſſit expedire . Ajunt igitur in *d.l.1. §.2. ff.de rer. permut.* Juriſconſultum adſcribere rei traditæ initium obligationis,quæ eſt ſecundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis . Non eſt mirum Interpretes omnes hic hallucinatos eſſe,qui tam ſubtilem diſtinctionem,& quam ipſa ignoravit antiquitas , non obſervaverint . Sed ſerio. Paulus in *d.l.1. §.2.* initium obligationis in permutatione adſcribit rei traditæ; ergo nullam adhuc ante traditionem natam eſſe intelligit: alioqui non initium obligationis , ſed obligationis jure conventionis antea conſtitutæ perfectionem , aut efficacitatem traditioni attribuere debuiſſet.Sequitur mox apud Paulum: *alioquin ſi res nondum tradita ſit , nudo conſenſu obligationem conſtitui dicemus : quod in his duntaxat receptum eſt, quæ nomen ſuum habent , ut in emtione venditione , conductione , mandato* . Ecce negat Paulus abſolute, nudo conſenſu , id eſt, jure ſolius conventionis , ubi nihildum præſtitum eſt , ut ipſa verba oſtendunt , obligationem conſtitui , præterquam in conventionibus nominatis : unde perſpicue liquet , Paulum in conventionibus innominatis productionem , conſtitutionem , initium, originem ipſam obligationis abſcribere rei traditæ ; falſumque eſſe , quod illi aſſerunt , ex conventione eſſe obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præſtatione , quod cum effectu actio moveri poſſit. Quin hoc ipſum etiam pugnat cum eo , quod rei traditæ originem adſcribant obligationis , quæ eſt ſecundum perfectionem negotii , quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultro fatetur ex datione, numeratione, præſtatione oriri obligationem,adeoque hanc obligationem eſſe effectum , & filiam , ut ita loquar , dationis , præſtationis,&c.illam obligationis hujus cauſam & velut matrem:quod paſſim tamen negant , ſoli conventioni vim tribuentes obligandi .

14 Ajunt mirari ſe , quod adverſarii aliquid præſidii in *l.3. C.de rer. permut.* cauſæ ſuæ quærant , & quare ? quia , inquiunt , placitum permutationis in *d.l.3.* pro nudo pacto de permutando ſumitur, id eſt, eo de quo

Digitized by Google

non conſtet, an deliberato animo factum ſit. Verba Imperatorum in *d.l.3.* ſunt hæc; *Ex placito permutationis, nulla re ſecuta, conſtat nemini actionem competere, niſi ſtipulatio ſubjecta ex verborum obligatione quæſierit partibus actionem.* Verum eſt hoc loco agi de pacto nudo, ſed pactum nudum Imperatores intelligere, quando non conſtat de ſerio animo, commentum eſt, quod ex ipſo textu ſatis evincitur. Negant ſimpliciter Imperatores aliter actionem re nulla ſecuta ex placito permutationis competere, quamvis ſtipulatio ſubjecta ſit: ergo ne tunc quidem, cum conſtat de ſeria voluntate paciſcentium. Hoc enim Leontius propoſuerat, placuiſſe inter ſe & adverſarium ſuum, ut invicem res quaſdam permutarent, quærebatque an ex hujuſmodi placito jure conventionis actio ſibi competeret, qua ad conventionem implendam urgere adverſarium poſſet, paratus ipſe a ſua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, niſi ſubjecta ſit ſtipulatio, eo ſignificant, ſtipulatione demum conventioni ſubjecta, poſſe Leontium, a ſua parte contentum conventioni ſtare, actione ex ſtipulatu compellere adverſarium, ut & ipſe quoque placitum ſervet, niſi velit condemnari quanti actoris interſit.

15 Simile huic placito eſt, quod proponitur in *l.diviſionis 45. ff.hoc tit.* ſi verbi cauſa in lite familiæ erciſcundæ convenerit, ut certis partibus hereditatis conſtitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla ſecuta ſit, neque porro placito ſubjecta ſtipulatio: hoc enim placitum negat Juriſconſultus cuiquam ad actionem prodeſſe: non quia non ſit pactum aut conventio ſeria; ſed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujuſmodi conventiones, utut ſeriæ, nemini ad actionem proſint.

16 Poſtremo nec illud patrocinari adverſariis exiſtimant, quod ſcriptum eſt in *l.contractus 17. ſub fin. C.de fid.inſtr.* eum, qui vendere pollicitus eſt, ſi recuſet adimplere conventionem, poſſe id impune facere, ſi nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi ſatis arguat arrarum interventus, ſed alia ratione; quoniam, quod adverſarii non animadverterunt, in ſpecie illic propoſita jure conventionis obligatio contracta fuit, cum alias diſcedens a conventione altero invito non recte multaretur. Mirifica vero collectio. Quinimo contra ſi talis conventio obligationem produceret, nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emtori cum amiſſione arrarum, nec venditori cum duplicatarum reſtitutione.

17 Eſt enim hæc perpetui juris regula, neminem poſſe ex pœnitentia ab obligatione ſemel conſtituta & in ſe ſuſcepta invito adverſario diſcedere, *l.5. C.de obl.& act.* idque vel ex ipſa natura obligationis, quæ neceſſitate ſolvendi obligatum adſtringit, intelligi poteſt, ut paulo poſt oſtendetur evidentius. Itaque amiſſio arrarum, aut duplicatarum reſtitutio, non eſt pœna receſſionis non conſentiente adverſario factæ ab obligatione aliqua jure civili conſtituta, ſed temeritatis & inconſtantiæ. Quid ſi nihil ar-

rarum nomine intervenerit? hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit, *d.l.contractus*, *ſub fin. C.de fid.inſtr.* cui jam hoc etiam conſequens eſt, etiamſi unius interſit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere; quemadmodum nec ſi unius interſit, ex pacto permutationis aut diviſionis ulla competit, *l.3. C.de rer.perm. l.45. ff.hoc tit.* Et quid hic alias profecerit placitis interveniens ſtipulatio? Sibi autem imputet, qui queritur, quod cum potuerit & debuerit, pacto non ſubjecerit ſtipulationem, juxta conſilium Pauli *lib.2. ſent. tit.22. in fin.* Plane in hujuſmodi conventionibus de vendendo, de permutando, &c. ſi quid ab eo, qui placitis non ſtat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum incideret, non negaverim dandam eſſe actionem de dolo, *arg. l. & eleganter 7. §.ſervus 8. & ibi Bart. ff.de dol.mal. Coſtal.ad l.7. pr.hoc tit.* Afferunt porro cauſam apud Ulpianum in *d.l.7. §.2. hoc tit.* non ſignificare dationem aut factum certa lege interveniens; ſed cauſam præcedentem, nempe quæ paciſcentes movit, ut convenirent: cujus aſſertionis ſua hæc argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut fit propter conventionem. 2. quia cauſa reſpicit conventionem. 3. quia datio aut factum per ſe non obligat, niſi ad reſtitutionem. Diceres rem ad triarios rediiſſe, quod profligatis haſtatis & principibus tantæ virtutis milites ſubſidio mittant. Sed experiamur robur ſingulorum argumentorum. In poſtremo, ut ab eo incipiam, eſt fallacia diviſionis: Neque enim nos dicimus ſolam dationem aut dationem per ſe ſine conventione obligare, non magis, quam conventionem per ſe obligare ſine datione; ſed obligare dationem a conventione informatam, ſeu dationem ſub lege viciſſim quid præſtandi, & ita ſimul juncta demum obligationem producere. Inſubtile autem eſt, quod addunt *factum*; quia facti nulla eſt reſtitutio. Secundum argumentum, quod ideo cauſa apud Ulpianum non ſignificet dationem aut factum, quia cauſa reſpicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii: nam de cauſa impellente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum eſt eo ſenſu, quo illud accipiunt, non de ea, quæ velut materia conventioni ſubjicitur, formaque a conventione accepta in συνάλλαγμα abit, qualem intelligere Juriſconſultum in *d.l.7. hoc tit.* ex oppoſitione §.4. & §.2. ejuſdem legis dilucide apparet.

18 Sed & in primo quoque argumento manifeſta eſt principii petitio: nihil enim efficiunt, niſi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc ſignificent, quod datur aut fit, in propoſito dari aut fieri propter vim obligationis ex ſola conventione natæ; quod eſt falſum: cum enim, ut ex iis, quæ jam antea diſputata ſunt, clariſſime liquet, in conventionibus innominatis origo obligationis non a nudo conſenſu, ſed a datione aut facto ad conſenſum accedente proficiſcatur, qui a parte ſua, quod placuit, præſtat, non facit id ex neceſſitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; ſed ut adverſarium, qui itidem nulla juris neceſſitate adſtrictus eſt, illa præſtatione efficaciter obliget. Atque hinc eſt, quod præſtatio illa

non

non ſolutio, quæ debiti eſt, ſed datio appellatur: & quia illa fit ob cauſam futuram, ut viciſſim quid detur, ſatis apparet eam comparatam eſſe non ad liberandum, ſed ad obligandum eum, qui & ipſe antea obligatus non erat, non ut quid ſolvat, quod antea debebat, ſed ut quid det aut faciat ſecundum legem dationi dictam; & hic, ſi is, qui accepit, cauſam, ob quam accepit, implere ceſſaverit, competit ei, qui dedit, vel ad repetendum condictio tanquam ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vel incerti præſcriptis verbis actio in hoc, quod ejus intereſt cauſam impletam eſſe, *l.5. §.1.& 2.ff.de præſcript.verb.& paſſim tit. ff. & C.de cond.cauſ.dat.* Quod ſi datio illa reſpiceret cauſam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio: nam quod ob cauſam præteritam datur, condici non poteſt, *l.damus 52. ff.de cond.indeb. l.mercalem 5. C. de cond. ob turp. cauſ.* nec debiti ſoluti ulla repetitio eſt, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactione debetur, *l.naturales 10. ff.de obl.& act.*

19 Apparet itaque nihil eos juvare, quod de venditore afferunt, eum non tradere mercem, ut emtorem ſibi obliget, ſed ut obligationi jam antea ex conventione natæ ſatisfaciat: nam a conventione nominata, ex qua etiam nudo conſenſu obligatio conſtituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perſpicue docet Paulus *l.1.§.2. ff.de rer. permut.* Venditor igitur mercem tradens, ſolvit, quod debet, & ad quod ſolvendum jure judicioque cum eo agi poterat: non ut emtorem obſtringat, quem ſatis ex conventione obſtrictum habet; ſed ut ſe liberet: at in contractu innominato, verbi cauſa, do ut des, ſive nuda aliqua conventio præceſſerit, ſive non, qui dat, ut viciſſim quid detur, non ſolvit, quod debebat; ſed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipſe antea obſtrictus non erat, hac datione ſibi obſtringat. Atque hinc eſt, quod venditor, qui fidem emtoris ſecutus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non poteſt, *l.incivile 12. D.de rei vind. l.3. C.de contr. emt. l.6. de reſc.vend.* nimirum quia hic obſtat præcedens obligatio, quæ pœnitudinem non recipit; quoniam nemo poteſt conſtitutæ ſemel obligationi renuntiare invito adverſario, *l.5. C.de obl.& act. l.3.C.de reſc.vend.l.in commodato 17.§.3.ff.commod.*

20 Contractuum autem, qui in aliud nomen non tranſeunt, natura hæc eſt, ut danti ob cauſam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne cauſam impleat: contraria videlicet ratione, quoniam cum ad dandum obſtrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quaſi prius debuiſſet, relinquendum obſtringi debet, *l.3. §.1. & 2. l.5. pr. & §.1. ff. de cond. cauſ. dat. l.in ſumma 65. §. quod ob rem 4. ff.de cond.ind.* Quod ſi ubi jam aliquid datum eſt ab una parte, ille qui dedit, ex pœnitentia datum repetere poteſt, invito adverſario, multo minus, ſi nihildum dederit, ab adverſario ut det, poterit conſtringi, licet ille a ſua parte conventionem implere velit, *l.contractus 17. ſub fin. C.de fid. inſtrum.* Et hoc ſignificant interpretes, cum ajunt, in conventionibus

Digitized by Google

innominatis oblationem non habere vim implementi.

21 Excipiendi autem ſunt ex contractibus innominatis illi, qui tranſactionis & finiendarum litium gratia ineuntur, in quibus ob eandem cauſam nec locus eſt pœnitentiæ, ne ſcilicet lites tranſactione ſemel deciſæ inſtaurentur, *l.in ſumma 65. §.1. ff.de cond. ind. l.quamvis 39. C.de tranſact. & ibi DD. Jaſ.in l.5. pr. ff.de cond. cauſ.dat. colum.*3. Jam opinor videmus, unde hæc juris naſcatur varietas, nempe ex differentia, quæ eſt circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis; quia in illis receptum eſt, ut etiam nudo conſenſu obligatio contrahatur, in his non contrahitur niſi re aut facto aliquo interveniente.

21 Illud enim perpetuo verum eſt, nec ullam patitur exceptionem, neminem poſſe ab obligatione ſemel conſtituta & in ſe ſuſcepta adverſario non conſentiente diſcedere, *d.l.5. C.de obl. & act.* quippe hic certiſſimus eſt obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori, *Inſt.quib. mod.tol. obl.& paſſ. ff.& C.de ſolut.* Quam etiam ob cauſam obligatio definitur juris vinculum, quo neceſſitate adſtringitur ad ſolvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus eſt, adſtringitur neceſſitate ſolvendi, conſequens eſt omnino, non eſſe in ejus arbitrio, utrum velit ſolvere nec ne; quod tamen futurum eſſet, ſi liceret ei pro arbitrio a contractu recedere. Atque hoc non ſolum locum habet in contractibus, qui nomen ſuum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habent proprium nomen, ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi viciſſim aliquid dares aut faceres, ſi ceſſas dare aut facere, teneris mihi in id, quod mea intereſt, id, de quo convenit, datum aut factum eſſe, eoque nomine tecum experiri poſſum actione præſcriptis verbis; neque tu huic obligationi in te ſuſceptæ renuntiare potes, tuove te facto aliter liberare, quam ſi id de quo convenit, præſtes, *l.5.§.1.& §.2.ff.de præſc.verb.* Quod vero hic mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offendit: neque enim ego dici poſſum datum repetens renuntiare alicui obligationi in me ſuſceptæ, cum ipſe nec ante obligatus fuerim, nec tibi dando id egerim, ut me tibi, ſed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, ſocietatis, depoſiti, precarii, quæ huic regulæ objici ſolent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio ſolo conſenſu contrahitur, & tamen ei, qui mandatum ſuſcepit, liberum eſt mandatum renuntiare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus eſt renuntiare conſtitutæ obligationi? Minime. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam ſub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempeſtive renuntiet, *l.ſi mandavero 22. §.ult. l.ſi quis 27. §.2. ff.mand. §.mandatum 11. Inſt.eod.* ubi in tempore renuntiat, non modo contra obligationem mihi facit, ſed maxime præſtat, quod erat in obligatione. Eademque ratio eſt & in mandati revocatione, quoniam nec mandator præciſe obligatur ad hoc, ut quod ſemel mandavit, perfici patiatur. Similiter ſocietas

cietas quoque conſenſu contrahitur, & unius e ſociis renunciatione diſſolvitur: nec tamen qui ſocietatem ſocio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renunciat conſtitutæ obligationi, quia nemo in ſocietate obligatur, ut invitus in ſocietate maneat; in tantum ut etſi nominatim convenerit, ne a ſocietate diſcederetur, talem tamen pactionem ut inutilem & contra naturam ſocietatis factam contemnere liceat, *l.ſi convenerit* 14. *l.nulla* 70. *ff. pro ſoc. junct.l.verum* 63. *pr.ff.eod. l.cum pater* 77. *§.dulciſſimis* 2. *ff.de legat.*2. Poſtremo nec officium ſuum perdit regula ſuperior in ſpecie *l.*1. *§.antepen.& pen. ff.depoſ.* ubi ſi rem apud te ſic depoſuero, ut poſt mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me ſtatim depoſitum poſſe repetere; nec in ſpecie precarii eandem ſententiam propoſita in *l.cum precario* 12. *ff.de precar.* ubi cum res precario ſic datur, ut is, qui eam accipit, uſque ad Calendas Julias precario poſſideat, reſpondetur poſſe nihilominus etiam ante ei poſſeſſionem auferri: quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depoſitum, neque is, qui precario dedit, ut non repetat precarium: imo contra & qui depoſitum accepit, & qui accepit precarium, ipſi obligantur in hoc, ut dominis repoſcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hic quæri poteſt, an is qui depoſitum aut precarium accepit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depoſitum aut precarium reſtituere: & recte placuit nullam eſſe hujus conventionis vim, neque in depoſito, quia dies adjectus eſt deponentis duntaxat gratia, ut depoſitarius cogeretur tamdiu rem cuſtodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adverſatur, ut ipſe Juriſconſultus in *d.l.cum precario* ſignificat. In commodato autem contrario modo ſe res habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus uſum rei ad certum modum & tempus conceſſum ante tempus auferre liceat, *l.in commodato* 17. *§.*3. *ff.commod.*

22 Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus a nobis propoſita nimis lata ſit. Etenim Labeo in *l.*19. *ff.de verb.ſign.* contractum ſic definit, ut dicat eſſe ultro citroque obligationem; id eſt, negotium, unde ultro citroque obligatio naſcitur: at noſtra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur; qualia ſunt mutuum & ſtipulatio, quæ Labeo *d.loco* expreſſe a contractu diſtinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid ſit contractus, aut quæ ſit propria hujus verbi ſignificatio; ſed quid prætor eo verbo ſignificet, cum hæc tria finitimæ ſignificationis in edicto conjungit, *actum*, *contractum*, *geſtum*. Nam cum ſingula hæc per ſe poſita, & vi ſua generalia ſint, apparet Labeonem ea non ex propria ſignificatione, ſed ex ſententia prætoris illa conjungentis diſtinguendo ad certas ſpecies referre, verbumque *contractus* ad eam ſpeciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, ſubſtantiam contractus non in eo conſiſtere, ut ultro citroque obliget: verum non minus proprie ſi unus tantum alteri, quam ſi invicem contrahentes inter ſe ex conventione obli-

gentur,

Digitized by Google

gentur, contractam dici obligationem, & negotium ipſum appellari & eſſe contractum; id quod ſatis oſtendit vetus & recepta contractuum diviſio apud Gajum *l.1. ff. de obl. & act.* apud Ulpianum *l.1. §.2. ff. de pact.* apud Juſtinianum *§.ult. Inſt. de oblig.* item *Inſt. de auct. tut. in pr.* quo loco evidentiſſime contractus *μονόπλευροι*, cujus generis eſt ſtipulatio, & *δίπλευροι*, quales ſunt emtio, locatio, ſocietas, &c. ut diverſæ unius generis ſpecies ſecernuntur.

23 Apparet autem ex diſputatione Ulpiani *d. l.7. §.1. & 2. ff. hoc tit.* unde noſtra contractus definitio ſumta eſt, non omnem conſenſum duorum ad conſtituendam obligationem interpoſitum contractum eſſe: ac proinde non ſatis recte a Theophilo contractum definiri hoc modo: *συνάλλαγμα ἐστι δύο, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδός τε καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συνιστᾶσαι ἐνοχὴν καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον*, id eſt: *Contractus eſt duorum vel plurium in idem conventio & conſenſus ad conſtituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius*. Nam ſi inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis cauſa, hæc etiam conventio eſt duorum vel plurium conſenſus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non eſt, ſed nudum pactum; unde nec actio ex eo naſcitur, *l.3. C. de rer. perm.*

24 Quinimo etiam hoc ex eadem diſputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus eſſe, aut cum contractibus confundenda; ſed eſſe & manere pacta nuda, quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: ſiquidem nec in proprium conventionis nomen tranſeunt, nec cauſam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique ſi per ſe ſpectentur, illa ſine adminiculo legis, hæc relative ad ſtipulationem, aut ut ſejuncta ab eo contractu, cui adhibentur. Ceterum interpretes plerique hæc etiam pacta veſtiverunt, alterum veſtimento aſſiſtentiæ legis; alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta ſolummodo appellant, quæ vim obligandi non habent, & in terminis juris gentium manſerunt. Neque hoc caret ratione, & ſuo ſenſu recte dicitur, nimirum quatenus in pactis legitimis conſideramus ſpecialem confirmationem, in pactis adjectis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem tranſeunt.

25 Juriſconſultus Græcus pacta legitima a nudis ſegregat, *διὰ τὴν ἰδικὴν ἐπικύρωσιν*, contractibus autem in continenti adjecta in nudorum numero relinquit, ſed quæ ſint alterius naturæ & efficaciæ: ſic enim ille: *μελ περὶ ψιλ. συμφ. νοῦδα οὖν ὡς ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ κοντίνεντι, καὶ εἰκότως εἰ γὰρ νοῦδόν ἐστι πάκτον, καθὼς ὁ νόμος ὡρίσατο, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρούμενον ἰδικῶς, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπῖπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αἰτοῦ φύσεως ἱστάμενον ἡγησαμένης προτέρου δόσεως ἢ ποιήσεως*

ἐπὶ

ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει τὸ μηδενὸς τούτων μετέχον, μηδὲ τῆς αὐτῆς δυνάμεως ἀπεστερημένον γνώρισμα νοῦδον καὶ αὐτὸ τεχνικῶς ἄγαν καὶ ἠκριβωμένως κληθείη. καὶ νοῦδον, οὐχ ὡς τὰ ἐξ ἰντερβάλο, ἀλλ᾽ ἑτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος. *Ergo*, inquit, *revera nuda pacta ſunt etiam quæ ex continenti, & merito. Nam ſi nudum pactum eſt, ut lex ipſa definivit, quod non lege quadam aut ſenatusconſulto ſpecialiter confirmatur, quod non tranſit in ſpeciale nomen contractus, quod non ſtat in eodem genere, prius aliquo dato vel facto, ut detur aut fiat: utique quod nullius horum particeps eſt, nec notam habet, unde agnoſcatur habere eandem vim, nudum & ipſum artificioſe admodum & accurate vocabitur: nudum autem non ut illa ex intervallo, ſed naturæ alterius & aliam vim habens.* Ceterum juris noſtri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive ſimpliciter, appellare ſolent, *l.6.l.7. §.quinimo 5.& ſeq.ff.hoc tit.l.in bonæ 13. C.eod. l.etiam 30. ff.de uſur. l.frumenti, C.eod. l.6. C.de jur. dot. cum ſimilib.*

CAP. IX.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

videndus Cornelius Van Bynckershoeck speciali tractatu

1 *Pacta in continenti adjecta bonæ fidei judiciis inſunt etiam ex parte actoris: adjecta ex intervallo duntaxat ex parte rei, & latius* N.4.
2 *Illuſtratur hoc variis exemplis.*
3 *Removetur difficultas quædam, quam parit* l.7. §.5. hoc tit.
4 *Quid Papiniano ſint adminicula contractus.*
5 *Quid extra naturam contractus Ulpiano.*
6 *Non male interpp. vulgo ſecernere naturalia contractuum a ſubſtantialibus.*
7 *Quid juris in pactis circa ſubſtantiam contractus.*
8 *Quid in pactis quæ contra ſubſtantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.*
9 *Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.*
10 Ex continenti *ſive* in continenti, *locutio noſtris familiaris: cui opponitur* poſtea, ex intervallo, &c.
11 *Quid Latinis* continens.
12 *Quam varie hæ voces* ex continenti, *vel* in continenti *in jure noſtro accipiantur.*
13 *Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.*
14 *An etiam ea, quæ negotio contracto mox ſine ullo intervallo ſubjiciuntur: ubi multa notatu digna.*

A

Ex

Digitized by Google

1 EX his, quæ hactenus diſſeruimus, apparet pacta, quæ adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & ſimplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut viciſſim quid detur aut fiat, conſtituere contractum innominatum: cujus hæc vis ſit, ut civilem incerti actionem, id eſt, præſcriptis verbis producat. Agendum porro eſt de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem habeant pacta effectum appoſita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum eſt, ea ineſſe bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipſum formare, legemque contractui dare: & contra de interpoſitis ex intervallo, ea non ineſſe ex parte actoris, ſed tantum ex parte rei locum habere, eique prodeſſe ad exceptionem, *l. juris gentium 7. §. quinimo 5. & ſeq. ff. hoc tit. l. in bonæ 13. C. eod. l. cum dotem 10. C. de jur. dot. l. pacta conventa 72. ff. de contr. emt.*

2 Illuſtremus rem exemplis. Venditor emtori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut ſatiſdet dato fidejuſſore, ſed ſufficit regulariter nuda repromiſſio, *l. emtori 37. l. ſi dictum 56. ff. de evict.* Hic autem, ſiquidem ex continenti convenerit, ut venditor ob evictionem ſatiſdaret, hoc eſt, fidejuſſorem (*vvaerborge*, qui ſecundus auctor, *l. 4. ff. de evict.*) daret, pactum hoc ſive conventio format contractum, id eſt, legem hanc contractui dat, ut ſatiſdetur, formatque etiam ipſam actionem, id eſt, facit, ut actio ex emto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehenſum eſt, atque ut poſſit emtor judicio emti cum venditore experiri, eumque compellere, ut evictionis nomine fidejuſſorem det, *d. l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod ſi vero ex intervallo emtione jam perfecta idem convenerit, id pactum emtori ad agendum & fidejuſſorem pro evictione petendum non proderit, *l. 7. §. quinimo 5. verſ. idem reſponſum, ff. hoc tit. l. pacta 72. ff. de contr. emt.* Vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emtio ipſius fundi, *l. ſi in emtione pr. 34. l. fiſtulas 78. ff. de contr. emt.* Et ex converſo, quod meo commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hæc conventio haud ſecus, quam de pretio alterius partis, *l. fundi 79. ff. eod. tit.* Ceterum neutra aliter, quam ſi in continenti appoſita ſit, *dd. ll.* Natura depoſiti hæc eſt, ut in eo dolus duntaxat præſtetur, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. depoſ.* At enim ſi ab initio convenerit, ut depoſitarius culpam quoque præſtaret, rata eſt conventio; quippe quæ legem hanc depoſito dat, ut culpa quoque præſtetur, quam alias hic contractus non recipit, *d. l. 1. §. ſi convenit, ff. depoſ. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contractus, de reg. jur.* Plura ejuſcemodi exempla paſſim obvia. Huc etiam pertinet lex commiſſoria, lex redhibendi oblato pretio, item lex illa vulgaris, ut ſi diſplicuerit, res ſit inemta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Caſus fortuiti in nullo bonæ fidei judicio præſtantur, *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nominatim

natim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem, damnum fatale ſequeretur, conventio ſervabitur, quia legem contractui dedit, *d.l.contractus 23.de reg.jur.d.l.6.C.de pign.act.l.1.C.commod. l.9. §.2.ff.locat. l.1. ff.de peric.& comm.rei vend.* Unum addam, quod nonnihil difficultatis habere videtur. Id tale eſt. Si in contrahendo matrimonio & dote conſtituenda hujuſmodi pactum apponatur, ne tempore ſtatuto dilationis (annua, bima, trima die) dos reddatur, ſed ſtatim; hoc pactum ſoluto matrimonio ad agendum mulieri prodeſt, formatque actionem rei uxoriæ. Si vero forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos ſtatim redderetur; tale pactum ad agendum non valet, *l.7. §.5. hoc tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non eſt receſſum a regula, ex pacto actionem non dari.

3 Dixeris autem hanc pactionem, non obſtante eo, quod ex intervallo interpoſita ſit, ſaltem prodeſſe debere ad replicationem, ut ſi muliere ſtatim petente, excipiendo alleget maritus ante annum non recte peti, replicare poſſit mulier, pacto eam dilationem eſſe ſublatam, *arg.l.ſi unus 27. §.2.ff.hoc tit.* Reſpondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima eſt, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confirmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum, quod obligationem ex lege deſcendentem auget, inutile eſt adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege eſt, obligationem reddat; quod utique hic ſaltem effectu futurum eſſet, ſi vires haberet pactio. Alii reſpondent nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non niſi elapſo anno obligat & cogit ad reſtitutionem dotis.

4 De pactis igitur adjicientibus ſive augendæ obligationis gratia interpoſitis ſic habendum, ut ſi ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipſam, quæ ex contractu datur: quod Græci ſic exprimunt, *ἀμείβουσι, τυποῦσι, μετατυποῦσι τὴν ἀγωγὴν, καὶ τῷ ἐνάγοντι συμβάλλονται*. At contra, quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non formant; propterea quod poſt contractum jam uſquequaque perfectum interponuntur; & ideo ad actionem non proſunt, *τῷ ἐνάγοντι οὐ συμβάλλεται*. At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviorem conditionem unius e contrahentibus faciunt, etiam ex intervallo facta proſunt ad exceptionem, *τῷ ἐναγομένῳ τίκτει παραγραφὴν*. Ut ecce ſi poſt emtionem perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præſtet: hæc pactio quamvis ex intervallo interpoſita, contractu continetur, auctore Papiniano in *l.pacta conventa 72. ff.de contr.emt.* id eſt, vires habet jure exceptionis agente emtore de cautione præſtanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti ineſt bonæ fidei judicio, *l.3.ff.de reſc.vend.l.ſed & ſi 21.*

ſub fin. ff.ſolut. matrim. id eſt, judex exceptionis rationem habet, etiamſi reus in lite conteſtanda eam omiſerit. Quod ſi ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præſtetur, tutus erit venditor ipſo jure. Idemque dixerim, ſi talis conventio venditioni mox ſubjecta ſit, *arg. l.lecta* 40. *ff.de reb. cred.* Atque hæc ita ſe habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d.l.pacta* 72.*ff.de contr.emt.*cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d.l.*7. *§.quinimo* 5. *verſ.idem reſponſum,ff.hoc tit.* παρὰ φύσιν συναλλάγματος, ut Græci.

5 Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjumenta adhibita ad negotium promovendum, quæ adeſſe & abeſſe poſſunt, ut tamen contractus per ſe ac ſine iis conſiſtat; Græci ἀφορμὰς vocitant: veluti, ut ſcriptura adhibeatur, ut periculum præſtetur, ut præſtetur culpa in contractu,qui dolum tantum recipit,aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos ſtatim non expectato legitimo tempore dilationis reddatur, in emtione & venditione, ut cum fidejuſſore cautio duplæ præſtetur, vel, ut ne omnino præſtetur, ut penſitentur uſuræ pretii tardius exſoluti, *l.*5. *C.de pact.int.emt.* ut pretio ſua die non ſoluto res ſit inemta, &c. Pomponius cauſas obligationum vocat, ſed quæ pacto mutabiles,*l.nec ex prætorio* 27. *de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea ſunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id eſt, extra οὐσίαν, eſſentiam contractus, quæ non attingunt contractus ſubſtantiam.

6 Igitur extra naturam emtionis eſt, ſi quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, ſi quid extra uſum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d.l.pacta conventa* 72.*ff.de contr. emt.* emtionis ſubſtantiam, id Ulpianus *d.l.*7.*§.quinimo* 5. *verſ.idem reſponſum, ff.hoc tit.* citans ſententiam Papiniani, quæ ex *lib.*10. *quæſt.* relata eſt in *d.l.pacta conventa*, appellat contractus naturam.

7 Non male tamen alias natura contractus a contractus ſubſtantia diſtinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgo contractuum naturalia a ſubſtantialibus ſecernunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter inſunt cujuſque contractus judicio, ſi de his nihil convenerit, *l.*11. *§.*1. *ff.de act.emt.* verbi cauſa, ut dicamus naturam emtionis & venditionis eſſe, ut ſimpliciter de evictione caveatur; depoſiti, ut dolus ſolus præſtetur; commodati, ut præſtetur & culpa & diligentia. Hæc enim eſt horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc explicat Paulus *l.ſi unus* 27.*§.*2. *in fin. ff.hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere, *l.*5. *§.pen. ff.de præſcr. verb.* Ceterum quia hæc naturæ contractuum inſunt tantum ex accidenti,& ideo adeſſe vel abeſſe poſſunt, ſalva ſubſtantia contractus, inde eſt, quod pacta quæ de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipſam contractus ſubſtantiam,hoc eſt id, ſine quo negotium conſiſtere non poteſt:

ver-

verbi gratia, emtio & venditio ſine pretio, locatio & conductio ſine mercede nullius momenti ſunt, quia ex his ſubſtantia horum contractuum conſtat.

8 Quid ergo juris in iis pactis, quæ ſubſtantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interpoſita, rebus integris, inſunt a parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti ſi poſt emtionem perfectam, re tamen adhuc integra, id eſt, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove, *l.7. §.adeo 6. ff.hoc tit. d.l.pacta conventa 72. ff.de contr.emt. l.2. ff.de reſc.vend.* Atque hanc regulam uſque adeo veram eſſe ſcribit Ulpianus in *d. l.7. §.adeo*, ut conſtet conventione poſtea facta ab emtione ceteriſque bonæ fidei judiciis re nondum ſecuta abiri poſſe, *l.ab emtione 58.ff.hoc tit. l.3. l.5. §.1. ff.de reſc.vend. l.1. C.quand. lic.ab emt.diſc.* Atque hoc argumento, tanquam a majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari poſſe, puta ut vel pars tantum rei venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces, *l.2. ff.de reſc.vend. d.l.pacta conventa 72. ff.de cont.emt. l.ſi unus 27. §.2. verſ.quod ſi non,hoc tit.* Quomodo vero hæc pacta inſunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Reſpondemus hiſce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum ſatis indicant notæ improprietatis, *quodammodo, quaſi.* Hæc autem ea pacta ſunt, quæ Grecis *τὰ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος συμφωνούμενα*, Ulpiano, quæ ex eodem ſunt contractu, *κατὰ φύσιν* eſt *κατ᾽ οὐσίαν*, ex eodem contractu, ex ſubſtantia contractus.

9 Eorum autem pactorum, quæ contra ſubſtantiam contractuum adhibentur, eorumve naturæ repugnant, quædam tanquam acceſſiones inſuper habentur, & nullius momenti ſunt ſalvo contractu; veluti ſi convenerit in ſocietate, ut ab ea non liceat recedere, *l.14. junct. l.nulla 70. ff. pro ſoc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat, *l.ſi non fuerint 29.§.2. eod.* in depoſito aut precario, ut non niſi poſt certum tempus repetatur, *l.1. §.antepen. & pen. ff.dep. l.cum precario 12. ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac nomen inducunt: veluti ſi in depoſito, commodato, mandato convenerit, ut merces præſtetur: hic enim ex depoſito, commodato, mandato, quæ natura ſua gratuita ſunt, efficietur locatio & conductio, *l.1. §.ſi veſtimenta 8. ff.depoſ. l.5. §.2. ff.commod. l.polienda 22. ff.de præſcr.verb. §.2. Inſt.quib.mod. re contr.obl. §.ult. Inſt.mand.* Natura emtionis & venditionis eſt, ut pretium & merx inter ſe commutentur, locationis & conductionis, ut merces & uſus rei: ſi convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio eſt, non emtio aut locatio, *l.ſi quis 38. ff.de contr. emt. l.ſi quis 46. ff.locat.* Natura ſocietatis eſt, ut uterque aliquid conferat; ſi convenerit, ut alter ſolus conferat, alter nihil, non ſocietas, ſed donatio eſt, *l.5. §.ult. pro ſoc.*

10 Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti

Digitized by Google

ſi quis pecuniam hac lege depoſuerit, ut depoſitario ea uti liceret, & ut præſtaret uſuras: hæc enim conventio licet excedat depoſiti modum; non tamen efficit, ut res in alium contractum abeat, *l.Lucius* 24. *l.Publia* 26. *§.1.ff.depoſ. add.Hotom. illuſt. quæſt.*36. *&* 37. *Cujac.* 2. *obſ.*15. *& ad l.*7. *§.quinimo* 5. *& ſeq.ff.hoc tit.Pac.Duar.& Baron.ibid.Borcholt.c.ult.de pact. n.*56. *&* 57. *Bachov. c.de pact.renovat.*

11 Explicemus nunc, quod hic locus omnino poſtulat, quando pactum in continenti contractui adjectum eſſe intelligatur. Ex continenti ſive incontinenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio eſt Juriſconſultis familiaris; idem ſignificans, quod ſine ulla intermiſſione, e veſtigio, illico, confeſtim, continuo, παραχρῆμα εὐθὺς, quibus opponuntur *poſtea*, *poſt tempus*, *ex intervallo* κατὰ χρόνον. Eum, qui cum armis venit, poſſumus armis repellere; ſed hoc *confeſtim*, ait Ulpianus in *l.*3. *§.eum autem* 9. *ff.de vi & vi arm.* & mox eundem, qui dejecit, permiſſum dejicere, non *ex intervallo*, ſed *ex continenti*, quod Julianus in *l.qui poſſeſſionem* 17. *ff.eod.* dicit *illico*, *in ipſo congreſſu*. In *l.ſi uſuras* 21. *C.de uſur.* in continenti dicitur facta numeratio, quæ pignoris dationem e veſtigio ſecuta eſt. In *l.lecta* 40. *ff.de reb.cred. l.ſi ita* 135. *§.Seja* 2. *ff.de verb. oblig. l.*3. *C.de ædil. act.* pactum in continenti factum aut ſecutum, eſt pactum contractui continuo appoſitum, junctumque quaſi negotii quadam continuatione.

12 Continens enim inter alia Latinis idem eſt, quod Græcis συνεχὸν. Continentia urbis appellamus ædificia urbi juncta & contigua. Unde Romæ etiam ea fieri intelliguntur, quæ in continentibus Romæ ædificiis fiunt, id eſt, in ſuburbiis; ἐν προαστείοις, *l.ædificia* 139. *l.mille paſſus* 154. *l.collegarum* 173. *§.*1. *l.abſentem* 199. *ff.de verb. ſign.* Qui in continentibus urbis nati ſunt, Romæ nati intelliguntur, *l.*147. *eod.* Sic continentes provincias veteres dicebant, quæ Italiæ conjunctæ ſunt, ut Galliam & Siciliam Provinciam, quod Italiæ proxime cohærent nullo interjecto mari, *l.notionem* 99, *§.*1. *eod.* Cicero in epiſtolis partem Cappadociæ continentem cum Cilicia facit. Ceterum hæ voces, *ex continenti* vel *in continenti* pro re ſubjecta aliter atque aliter accipiuntur.

13 Interdum *in continenti* accipere debemus ἐν πλάτει cum modico ſpatio & laxamento aliquo temporis, quod arbitrio judicis ſit definiendum, *l.*1. *§.item ſi ita* 8. *ff.ad leg. Falc. l.ratum* 13. *ff.de ſolut.* Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur, *d.l.notionem* 99. *§.*1. *de verb. ſign.* In lege Julia de adulteriis coercendis, qua permiſſum patri filiam in adulterio deprehenſam una cum adultero occidere, ſed in continenti, τὸ *in continenti* ſic acceptum eſt, ut ſi dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non diſſimulante, & interpoſitis horis apprehenſa ſit, & a patre, qui eam perſequebatur, occiſa, in continenti occiſa videatur, *l.quod ait lex* 23. *§.ult. ff.ad leg. Jul. de adult.* Interpoſitis horis, eſt μετά τινας ὥρας, poſt horas aliquot,

Digitized by Google

quot; ut Græci *lib.69. Baſilic. tit.37.* Interdum & quod triduo poſt factum eſt, ex continenti factum intelligitur, ut in ſpecie *l.ult.C.de err.advoc.* ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in *l.ult. C.de judic.* In materia defenſionum Græci interpretantur in continenti αὐτὸς δίω ὡρῶν, ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit Cujacius *lib.5. obſ.18.*

14 Pacta autem ex continenti fieri dicuntur, quæ fiunt in ingreſſu contractus, *l.7. §.quinimo 5. ff.hoc tit.* in ingreſſu, id eſt, initio contractus, *l.initio 5. C.de pact. int. emt. l.contractus 23. de reg. jur. l.ſi alienam, C.de fidejuſſ.* quæ ab initio fiunt, *l.5. §.2. ff.commod. l.Lucius 24. ff.depoſ. in fin.* Græcis ἐν ἀρχῇ γινόμενα. Initium autem & ingreſſum non debemus intelligere primum contrahentium congreſſum de re aliqua tractare incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri poſſunt, cum de re ipſa nihildum tractatum eſt? ſed quæcunque ante tractantur & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi cœptum eſt, ea contractus initium recte appellamus, quia plenum in rem conſenſum antecedunt: item ingreſſum, quia ſunt ejuſmodi, per quæ ingredimur & pervenimus ad eum conſenſum. Neque enim verbi cauſa, ut primum aliqui de re emendâ vendendaque tractare inter ſe cœperunt, ita continuo emtio inter eos contrahitur, ſed longum ſæpe tempus intercedit prius, quam de re conveniat, *l.8. C.de reſc. vend.* Qua ratione quæ in ingreſſu contractus fieri dicuntur *d.l.7.§.quinimo*, alibi dicuntur fieri tempore contractus, *l.pen. C.de pact. int. emt.* quia ſcilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, ſeu in negotio gerendo, ut hoc expreſſit Ulpianus *l.paciſci 31. ff.hoc tit.*

15 Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quæ negotio contracto mox ſine ullo intervallo ſubjiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici poſſe fatentur ſecundum verbi ſignificationem, ſed negant id poſſe intelligi in quæſtione propoſita, cum ſcilicet, *in continenti* & *poſtea* ſive *ex intervallo*, opponuntur, & ſane non ſine ſpecioſis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulpianus *d.l.7. §.quinimo*, quæ legem contractui dant, id eſt, quæ ſunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, ſine quibus contractus initus non fuiſſet. At non alia pacta videntur legem contractui dare poſſe, quam quæ interponuntur antequam de re convenit in negotio gerendo, cum adhuc contractus eſt in fieri, ut poſſit per pactum formari, ut loquitur Caſtrenſis in *d.l.7. §.quinimo.* Contractus autem jam perfectus & abſolutus non poteſt eorum judicio aliam formam a pacto accipere; quia inter ſe pugnent, venditionem verbi cauſa contrahi ſimpliciter, & contrahi certa lege. Deinde in *l.5. C.de pact.int.emt. & vend.* ajunt, non tantum ſcriptum eſſe, eam conventionem valere, quæ facta eſt initio venditionis: ſed etiam additum nominatim, eam non valere ad agendum, quæ initio facta non ſit. Neminem autem dicere poſſe pacta in ingreſſu aut initio contractus facta eſſe, quæ contractu jam perfecto ſecuta ſunt: licet enim

ſta-

ſtatim ſequantur, fieri tamen poſtea, id eſt, poſt contractum negotium. Quamobrem etſi maxime non repugnat ſignificationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto e veſtigio apponuntur; tamen non poſſe dici adjecta in ingreſſu, initio contractus; neque etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent, eique inſint & partem ejus conſtituant. Verum enim vero vix eſt, ut ego huic ſententiæ acquieſcere poſſim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d.l.7.§.quinimo*, ubi Juriſconſultus ſic definit, ut ſiquidem pacta ex continenti ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint; ſin ex intervallo, non item. Nam his verbis, ſi quid ego video, ſatis aperte ſignificat etiam ea pacta, quæ poſt contractum, dummodo ſine intervallo, ſubjiciuntur, ex parte actoris ineſſe: ex adverſo vero non ineſſe, ſi quid poſt contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipſe poſtea hoc explicat. Et huic ſimile eſt, quod Imperatores in *l.3.C.de ædil. act.* reſcribunt, poſſe emtorem experiri ſecundum fidem non modo pacti antecedentis, verum etiam in continenti ſecuti: ubi palam eſt per pactum antecedens intelligi id, quod in ingreſſu ſive initio aut tempore contractus interpoſitum eſt; in continenti ſecutum, quod mox contractui adjectum. Unde neceſſario conſequitur, ea quoque pacta, quæ in continenti ſubjiciuntur, contractui bonæ fidei ex parte actoris ineſſe, actionemque ex contractu deſcendentem formare, ejuſque velut partem cenſeri διὰ τὴν συνέχειαν, & propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, neceſſe non eſt ſic præciſe accipi, ut excludatur id, quod in continenti nullo alio actu interveniente ſubſequitur, & demum quaſi ſerio negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod ſtatim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas, *l.ſi quis 25.§.juſſum 4.ff.de acq.her.* in ipſo negotio interpoſitum dicitur, *l.obligari 9.§.tutor 5.ff.de auct.tut.* eo quod συνεχῶς, continenter, & quaſi calente adhuc negotio ſubſequitur, & ſic etiam in ſolutione ſive in re præſenti conſtituere dicitur, in quam cauſam ſolutum velit, qui ſtatim atque ſolutum eſt, conſtituit, *l.1.in fin.ff.de ſolut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d.l.7.§.quinimo, ff. hoc tit. ea pacta inſunt, quæ legem contractui dant; id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt*. Nam particula, *id eſt*, hoc loco non eſt ὁριστική, ſed ἐξηγηματική, non definit, ſed declarat[redacted]admodum paſſim exemplis deſervire ſolet, uti obſervare licet in *l.ſi ex cauſa 9.in fin.pr.ff.de minorib.l.8. ff.de vulg. & pupill.ſubſt.l.3.§.ceterum 12.ff.de acq.poſſ.* ſexcentiſque aliis locis, adeoque iterum in eadem illa *l.7.§.pactorum 8.*ibi, *id eſt, ne a L.Titio petam.* Perinde igitur verba iſta accipienda ſunt, ac ſi ſcriptum eſſet, *ea pacta inſunt, quæ legem contractui dant, veluti quæ in ingreſſu contractus facta ſunt*. Pacta quoque ſtipulationi in continenti ſubjecta ſtipulationi ineſſe reſponſum eſt, *l.lecta 40.ff.de reb.cred.* ſed nimirum, quod locus iſte ſolum-

quem

modo

modo probat, ex parte rei: ex parte vero actoris in ſtipulationibus, quarum ſtricta eſt natura, tantundem dicere non auſim. Sed de eo poſtea ex profeſſo.

CAP. X.

An pacta in continenti adjecta contractibus ſtricti juris ex parte actoris ſimiliter inſint, ut bonæ fidei judiciis?

1 *Argumenta, quibus oſtenditur pacta, licet in continenti facta, non ineſſe ſtrictis judiciis ex parte actoris.*
2 *Removetur objectio quædam ex* l.1. §.quod vulgo 25. de vi & de vi arm.
3 *Nullum locum in jure noſtro occurrere, quo probari poſſit pactum mutuo aut ſtipulationi in continenti appoſitum actionem parere.*
4 *Cur uſuræ in bonæ fidei judiciis ex pacto ſtatim appoſito debeantur, creditæ pecuniæ non item.*
5 *Confutatio argumentorum, quibus plerique probare conantur pacta mutuo adjecta prodeſſe creditori ad actionem.*
6 *Reſpondetur ad argumentum ductum ex* l.traditionibus 48. hoc tit.
7 *Non recte ex* l.venditor 13. comm.præd. *colligi, pacta ex continenti facta ſtipulationi ineſſe a parte ſtipulatoris.*
8 *Explicatur* l.petens 27. C.hoc tit.
9 *Sententia* l.4. §.ult. ff.hoc tit. & l.ſi ita quis 135. §.2. de verb.obl.
10 *Interpretatio* l.lecta 40. de reb. cred.
11 *Omnis oratio quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum eſt.*
12 *Concluſio & ſumma præcedentis diſputationis.*

QUæſtio eſt agitata in Academiis, an quæ pacta in continenti ſubjiciantur contractibus ſtricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, proſintque actori ad actionem, ut ea, quæ in continenti adjiciuntur contractibus bonæ fidei. Mihi verior ſemper viſa eſt ſententia negantium, quam & amplexi ſunt *Cujac. & Buſ. ad l.7. §.quinimo 5. ff. hoc tit. Alciat. & Donell. ad l.in bonæ* 13. *C.eod.* & noviſſime duo eximii Juriſconſulti *Diod. Tuldenus, & Ant. Perezius in tit. Cod. eod.* necnon *Henr. Zoeſ. ad Pand. eod. n.*61. *& ſeqq.*

1 Etenim perſuadere mihi non poſſum fruſtra eſſe, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in continenti facta ex parte actoris ineſſe, nominatim addunt, in bonæ fidei judicis, *d.l.7. §.quinimo, l.in bonæ 13. C.eod.* Quorſum enim hæc adjectio, *in bonæ fidei judiciis*, niſi ut intelligamus

in

in ſtrictis judiciis non idem juris eſſe? Non licet hic dicere Juriſconſultum in *d.l.7. §.quinimo 5. & ſeq.* exempli duntaxat cauſa mentionem facere judiciorum bonæ fidei, non quia aliud juris ſit in judiciis ſtrictis; quoniam cum variis exemplis rem illuſtret, nullum tamen profert, niſi judiciorum bonæ fidei. Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus uſuras ex mora deberi, *l.mora 32. §.2. ff.de uſur.* hoc ſignificari conſtat, deberi in hiſce judiciis tantum; non etiam in judiciis ſtricti juris: quippe in quibus non debentur, niſi in ſtipulationem deductæ, *l.Titius 24. ff.de præſcr.verb. l.3. C.de uſur.* Similiter cum dicunt Conſulti exceptiones pacti & doli ineſſe bonæ fidei judiciis, *l.3. ff.de reſc.vend. l.ſed & ſi 21. in fin. ff. ſol. matr.* hoc eos dicere intelligimus, in his ſolum ineſſe, in ſtrictis non item: quoniam in ſtrictis exceptiones non veniunt, niſi nominatim conteſtatæ, *l.ſi quidem 9. l.ult. C.de except.* Denique ſupervacuum & ineptum eſſet de bonæ fidei judiciis nominatim addere, ſi pacta in continenti facta pariter ineſſent omnibus contractibus; quibus ſubjiciuntur.

2 Plane non nego interdum de certis rebus nominatim aliquid pronuntiari, quod tamen tanquam παραδειγματικῶς prolatum, etiam de rebus aliis accipi oporteat: veluti quod vulgo dici, Juriſconſultus in *l.1. §. quod vulgo 25. ff.de vi & vi arm.* ſcribit, ſaltuum hibernorum æſtivorumque retinere nos animo poſſeſſionem. Id enim ait exempli tantum cauſa Proculum dixiſſe: ceterum idem eſſe in prædiis omnibus, ex quibus non hac mente recedimus, ut poſſeſſionem omittamus. Sed quod hæc definitio concepta ſit de ſaltibus hibernis & æſtivis, hoc eam rationem habet, quia eos certis temporibus relinquere ſolemus, *l.3. §.ſaltus 11. ff. de acq. poſſ.* quod in aliis prædiis ita fieri non ſolet. Eadem tamen omnium ratio eſt, quod attinet ad poſſeſſionem animo retinendam: cum judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris in re propoſita ratio longe ſit diverſa.

3 Poſtremo nullus in libris noſtris locus occurrit, quo probari poſſit, pactum mutuo aut ſtipulationi quantumvis in continenti appoſitum, actionem parere, contractibus iſtis legem dare, actionemve eorum formare, ita his ineſſe, ut ex eo aut ex contractu, cui apponitur, agi poſſit ad id, quod pacto comprehenſum eſt, augere aut extendere verborum aut pecuniæ creditæ obligationem. Proponamus me ſtipulatum eſſe fundum dari, & deinde conveniſſe in continenti, ut ad fundum accederet familia ruſtica aut boves aratorii; nam pactum ſtipulationi apponi non poteſt, niſi poſt reſponſionem; cum id quod verbis ipſis continetur, pars ſit ſtipulationis, Ajo familiam ruſticam boveſve aratorios neque ex pacto neque ex ſtipulatu peti poſſe; utut pactum factum ſit ſtatim & ſubjectum ſtipulationi. Ratio eſt, quia natura ſtipulationis hæc eſt, ut, quoniam verbis, non ſolo conſenſu fit, pro omiſſo habeatur, quidquid palam verbis non eſt expreſſum, *l.quicquid 99. ff.de verb.oblig.* Similiter ſi tibi centum dedero mutuo, & in dando hanc legem adjecerim, ut præter centum mihi redderes & alia quinque: nihil agitur hoc pacto. Dices hoc pactum ideo non valere, quia re obliga-

tio

tio contrahi non poteſt ultra quam datum eſt, *l.ſi tibi* 17. *pr. ff.Loc tit.*

4 Sed cur pacto in continenti adjecto non idem hic efficitur. quod interpoſita ſtipulatione? Uſuræ in bonæ fidei judiciis etiam ex pacto ſtatim appoſito debentur, *l.cum quidam* 17. *§.ex locato* 4. *ff.de uſur. l.*5. *C.de pact.int.emt.* creditæ pecuniæ non item, *l.*3. *C.de uſur.* Cur tam varie? An quia uſuræ odioſæ? At hac ratione efficeretur, ut ne in bonæ fidei quidem judiciis uſuræ ex pacto peti poſſent, per *l.quod ſi locus* 11. *ff.de religioſ.l.*7. *ff.de ſerv.export.* & quid ſi convenerit, ut uſuræ unciæ duntaxat, aut ſextantes præſtentur? Denique non a favore vel odio, ſed ex eo, quod pacta vel inſunt, vel non inſunt, quæſtionis hujus deciſio petenda: fieri enim non poteſt, quin ubi pactum contractui ineſt, partemque ejus conſtituit, ex ratione juris actio quoque ex eo contractu ad petendum, quod pacto comprehenſum eſt, competat. Non alia igitur hic quærenda ratio, quam quæ a Paulo redditur *lib.*2.*ſent.*14. ſcilicet quia ex nudo pacto inter cives Romanos actio non naſcitur. Quibus verbis manifeſte ſignificat, nulla pacta mutuo adjecta ineſſe ex parte actoris, eive prodeſſe ad actionem, utpote quæ in partem hujus contractus tranſire nequeant; & ideo effectu manere nuda. Contractuum vero bonæ fidei alia ratio eſt, & eorum maxime, qui ſolo conſenſu perficiuntur: nam ut hi contractus ſolo conſenſu conſtant, ita & omnem conſenſum, tanquam naturæ ſuæ convenientem admittunt: ac de his potiſſimum hic agi exempla declarant. Occurrunt quidem & exempla pactorum, quæ in contractibus bonæ fidei, qui re perficiuntur, interpoſita & ipſa his contractibus inſint; ceterum præter exemplum de uſuris in depoſito irregulari, *l.Lucius* 24. *ff.depoſ.* non alia, quam quæ circa præſtationes horum contractuum fiunt;veluti ut in depoſito culpa quoque præſtetur, ut in commodato aut pignore dolus duntaxat, aut præter dolum & culpam etiam caſus fortuitus, *l.*1. *§.ſi convenit* 6. *ff.depoſ. l.*5. *§.*2. *ff.commod. l.*1. *C.eod. l.quæ fortuitis* 6. *C.de pign.act.* cujuſmodi tamen pactis locus eſſe non poteſt in mutuo. Argumentorum, quibus hæc ſententia oppugnatur, & contraria adſtruitur, magna eſt copia, ceterum vix unum & alterum, quod ſtringat. Congeſſit ea Joh. Gœddæus *tract. de contr. & commit.ſtipul. c.*8. *concl.*2. ubi magno molimine conatur probare etiam in contractibus ſtrictis pacta ex continenti facta ineſſe a parte actoris, actionemque verbi cauſa ex ſtipulatu aut condictionem certi formare: quæ & DD. communis eſt opinio, probata quoque Hotomanno *illuſtr. quæſt.*36. & 1. *amic.reſp. c.*31. Duareno & Ant.Fabro in *l.*7. *§.quinimo* 5. *ff.hoc tit.*

5 Primum videbimus, an ita ſe res habeat in mutuo. Affertur hic pro firmamento iſtius aſſertionis textus in *l.*3. *ff. de reb. cred.* ubi Pomponius ait, in mutuo etſi cautum non ſit, ut æque bonum reddatur, tamen non licere debitori deteriorem rem,quæ ex eodem genere ſit,reddere. Ex quo colligunt, ſi hoc cautum ſit & tale pactum mutuo adjectum, id ex parte creditoris ineſſe, eique prodeſſe ad actionem. Ridicule. Nihil enim illa cautio

Digitized by Google

addit mutuo: quippe cum ut res eadem bonitate reddatur, qua data eſt, naturæ ipſius mutui inſit citra ullam aliam conventionem, ut ipſe Pomponius hoc explicat. Gœddæus poſſe mutuum contrahi cum pacto depoſiti, idque probari exiſtimat per *l.quod ſi* 10. *ff.de reb. cred.* ubi tamen inverſus caſus proponitur, nempe pecuniæ depoſitæ ſub lege mutui, ut liceret depoſitario, ſi velit, ea uti. Sed ponamus me tibi centum mutuo dediſſe ea lege adjecta, ut ſi non utaris, ſint apud te depoſita; nihil hoc ad præſentem diſputationem pertinet: nam ex hujuſmodi pacto non novam induit mutuum qualitatem, non formatur actio, non extenditur obligatio pecuniæ creditæ, nec ob id agi poteſt ex mutuo, ut vel utatur debitor pecunia, vel eam habeat apud ſe depoſitam: ſed ſi, quod ei liberum, utatur, mutuum erit, ſi non utatur, depoſitum. Non majoris ponderis eſt argumentum petitum ex *l.aut mutua 6. ff.de eo quod cert. loc.* poſſe nimirum me pecuniam mutuo dare ea lege, ut ſolvatur certo loco: nam hoc pacto non extenditur actio, ſed potius reſtringitur, & hoc efficitur, ut ne debitor poſſit alibi conveniri. Utique non ea eſt hujus pactionis vis, ut quis actione aliqua compelli poſſit ad ſolutionem illo loco faciendam.

6 At enim generaliter, ajunt, definitum eſt, in traditionibus rerum, quodcunque pactum ſit, id valere, *l.in traditionibus* 48. *hoc tit.* Ergo valet, inquiunt, & pactum quodvis adjectum mutuo. Reſpondeo cum Bachovio, id non aliter procedere, quam ſi datio & traditio ſit irrevocabilis; cujuſmodi eſt in iis, quæ conſtituunt contractum innominatum. Cum enim rem meam in alium pleno jure transfero, æquiſſimum eſt, ut rem accipienti eam, quam velim, legem dicam, eaque firme cuſtodiatur. Deinde procedere hoc in dationibus & factis informibus, & quibus ipſa pacta adjecta dant formam: quod item accidit in contractibus innominatis, quia a pacto dationi adjecto formam accipiunt. Male itaque dicta regula applicatur pactis, quæ apponuntur contractibus formam certam a jure habentibus, & præterea dationem traditionemve revocabilem, aut talem utique, pro qua aliud æquivalens præſtetur; quibus ut pacta quævis utiliter apponi admittamus, ratio juris civilis non patitur. Finge mutuum mihi hac lege datum eſſe, ut curem negotia creditoris, ut tabulam ei pingam, ut pro eo Romam eam, non exiſtimo his pactis me firmiter obſtringi; maxime cum mutuum natura ſua ſit gratuitum, & hujuſmodi pacta in fraudem legum de uſuris fieri poſſint. Nec dubito, quin falſa ſit ſententia Ant.Fabri in *l.7. §.quinimo 5. ff.hoc tit.* affirmantis omnibus hiſce caſibus actionem præſcriptis verbis competere, quaſi ex contractu do ut facias. Nam ubi pecunia non ita mihi datur, ut mea perpetuo maneat, ibi dici non poteſt eſſe contractum do ut facias. Si commodato talem legem adjecero, ut commodatarius tabulam mihi pingeret, numquid ridiculum eſſet, mihi ex tali pacto actionem concedi? Denique tota hæc diſputatio eſt de pactis actionem ipſius contractus, cui apponuntur, formantibus & extendentibus, eamque ipſam porrigentibus etiam ad id, quod pacto comprehenſum eſt.

7 Sed

7 Sed fortaſſis procedit iſta opinio in pactis adjectis ſtipulationi. Urgent hic Hotomannus & Gœddæus verba Ulpiani in *l.venditor* 13.*ff.comm. præd.perſonæ poſſidentium per ſtipulationis vel venditionis legem obligantur,* quaſi his verbis id ſignificaret Juriſconſultus, obligari poſſidentes per pactionem ſtipulationi aut venditioni adjectam. Atqui ſpecies ipſa illic propoſita hanc interpretationem non patitur: nam unus tantum caſus proponitur de venditore fundi dante legem alii fundo, quem retinebat. Itaque quod ſubjicitur, poſſidentium perſonas obligari per ſtipulationis vel venditionis legem; id non eum ſenſum habet, quem Hotomannus, & Gœddæus putant, ſed hunc, obligari eos per ſtipulationem vel pactionem venditioni adjectam, ſive per legem ſtipulationi vel pacto venditioni datam. Non enim pactio ſolum, ſed etiam ſtipulatio ſtatim contractui adjecti lex dicitur, *l.legem 9. C.de donat.Cujac.*8.*ad African. in l.*24.*ff.de praſcr.verb.*

8 Mirifice autem ſententiam ſuam juvari putant reſcripto Imperatorum in *l.petens* 26. *C.hoc tit.* nam illic ita ſcriptum eſt; *Petens ex ſtipulatione, quæ placiti ſervandi cauſa ſecuta eſt, ſeu anteceſſit pactum, ſive poſt ſtatim interpoſitum ſit, recte ſecundum ſe ferri ſententiam poſtulat.* Hic Hotomannus, quid aliud eſt, inquit, petentem ex ſtipulatione, quæ pactum anteceſſit, audiendum eſſe, niſi actionem ex ſtipulatione, cui pactum in continenti ſubjectum eſt, competere? Denique ad actionem procurandam nihil intereſſe,utrum ante, an poſt ſtipulatio facta ſit. Sed non videtur Hotomannus ſatis penſiculate reſcriptum illud examinaſſe. Verba ipſa oſtendunt agi illic de eo caſu, quo quid petitur ex ſtipulatione, quæ placiti ſervandi cauſa ſecuta ſit, ſive de ſtipulatione facta pacti confirmandi gratia. Et hic ajunt Imperatores nihil referre, utrum pactum præceſſerit, an poſt ſtatim interpoſitum ſit. Prima facie hæc inter ſe pugnare videntur: quomodo enim fieri poteſt, ut ſtipulatio ſequatur pacti ejus ſervandi cauſa, quod ipſum demum poſt ſtipulationem interponatur? Et certum eſt eodem ſenſu ac ratione utrumque ſimul ſtatui non poſſe: at diverſis rationibus poteſt. Nam quæ ſtipulatio præcedit tempore vel ſcriptura, ea nihilominus recte dicitur ſequi, nempe natura & intellectu, ut bene *Cujac.*10.*obſ.*24. *Donell. ad hanc l.*27. *C. de pact.* Quippe in concipiendo pacto & ſtipulatione, de quibus agitur, duplex ordo eſt; naturalis unus, quem ſibi proponit mens & cogitatio contrahentium; alter ſcripturæ, quo duo iſta in inſtrumento ſcribuntur. Ordine naturæ ſtipulatio omnis, quæ adhibetur pacti ſervandi cauſa, ſemper ſequitur: prius enim eſt,ut ſit pactum, quam ut firmetur ſtipulatione. At ſcripturæ ordo inverti poteſt,ut incipiatur a ſtipulatione hoc modo; *Quæ infra ſcripta ſunt, ea ſibi dari fieri ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondit Lucius Titius. Quæ autem inter ſe pepigerunt, ea ſunt, quæ ſequuntur,* &c. Hoc vero cum ſit, locus eſt huic reſcripto. Et nimis igitur temere Hotomannus pronuntiat, ineptiſſime in hoc reſcripto legi *ſecuta*, pro *facta*. Quod autem exigunt Imperatores, ut pactum ſtatim poſt ſtipulationem interponatur, id non exigunt propter ſtipulationem, ſed propter pa-

Digitized by Google

pacta., quæ ſequuntur, ut ſciatur, utrum ad præcedentem ſtipulationem pertineant, nec ne.

9 Ad hæc non leve momentum ad ſententiæ ſuæ confirmationem reperiſſe ſe exiſtimant in *l.4. §.ult. ff.hoc tit.& l.ſi ita quis* 135.*§.2. ff.de verb. obl.* Sed neque in his locis cur aliquid præſidii ſibi poſitum putent, juſtam cauſam habent. Nam quod ad *d.l.4. §.ult. ff.hoc tit.* attinet, ſive caſum ita formemus, ut ponamus ſtipulationem ſortis & uſurarum præceſſiſſe, ac mox huic ſtipulationi pactum ſubjectum de non petenda ſorte, donec uſuræ ſolverentur: ſive cum Accurſio dicamus præceſſiſſe conventionem,quam ſecuta ſit ſtipulatio, in qua tamen præcedens conventio repetita videatur, juxta *l.Titia* 134.*§.1.ff.de verb.obl.* neutrum efficit,quod volunt. Nam nec ulla hic quæſtio eſt, an pacta detrahentia a parte rei inſint, reoque ipſo jure defenſionem parent in continenti ſtipulationi adjecta, quale proponitur in *d.l.4.§.ult.*ſed an pacta adjicientia & augentia obligationem inſint a parte actoris, eique proſint ad actionem: nec ille caſus huc pertinet,cum non pactum ſtipulationi,ſed ſtipulatio pacto ſubjicitur. Atque ob hanc eandem rationem fruſtra quoque ſibi opem quærunt in reſponſo Juriſconſulti in *d.l.ſi ita* 135. *§.2. ff.de verb. oblig.* quippe cum nec in ſpecie illic propoſita conventio pertineat ad obligationem acquirendam augendamve, ſed duntaxat ad temperandam conditionem ſtipulationis; atque hanc ſolummodo vim habeat, ut non poſſit aut Titius hortos, aut Seja pecuniam ante diem petere.

10 Unus maxime locus ſententiæ eorum opitulari videtur, nempe *l.lecta* 40. *ff.de reb. cred.* Nam etſi Paulus illo loco non hoc dicit, pacta in continenti ſtipulationis facta ad actionem prodeſſe (nihil enim hoc ad quæſtionem illic propoſitam pertineret, cum agat ille de eo pacto, quo pactus erat creditor, non ut peteret, ſed contra ne peteret ſolidam ſortem, quæ prius ex ſtipulatione debebatur, quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura ſua non poteſt) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum, cum ait pacta in continenti adjecta ſtipulationi ineſſe, eo dicto nihil aliud ſignificare, quam pacta in continenti facta ex ſtipulatione eſſe, eſſe partem ſtipulationis, denique ſtipulatione contineri; quod intelligetur ex quæſtione illi propoſita. Promiſſa erat ſors tota Calendis cum uſuris totius ſortis. Pactum ſecutum eſt ex continenti ut ſors non jam tota ſolveretur Calendis, ſed particulatim conſtitutis certis penſionibus in ſingulos menſes. De uſuris quærebatur, an ſi tota ſors ex conventione ſoluta non eſſet Calendis, nihilominus totius ſortis uſuræ deberentur. In hac quæſtione ut efficiat Paulus totius ſortis uſuras non deberi, ſed ejus tantum penſionis, quam ſolvi oportuit,propoſitum illi eſt oſtendere ſuperiore pacto receſſum eſſe a ſtipulatione ſortis, non per exceptionem, ut quidam putabant, ſed ipſo jure, quaſi eo pacto renovata ſit præcedens ſtipulatio, id eſt, quaſi ſecundum hoc pactum ſtipulatio ſortis ab initio fuerit concepta. Utitur hoc argumento, quod hoc pactum ſtipulationi

tioni ineſſe videatur. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, pacta in continenti facta ſtipulatione contineri. Hoc autem ſi verum eſt, conſequens eſt contra quam dicebamus, ſi quod pactum in continenti ſecutum eſt ſtipulationem, actionem eo nomine naſci ex ſtipulatione: quandoquidem ex ſtipulatu actio competit de iis rebus, quæ ſtipulatione continentur. De quo ut jam reſpondeam, non nego hoc ipſum ſignificari a Paulo, ſi quis generalitatem dicti ſequi velit, non mentem intueri & ſententiam ſcriptoris: ſed verbum generis reſtringendum eſt ad id; de quo illic eſt ſermo, & dictum ita accipiendum, pacta, nempe talia, quale hoc eſt, de quo nunc agitur, id eſt, quæ fiunt de ea re, quæ in ſtipulationem deducta eſt, ea pacta ſi in continenti ſeu e veſtigio ſequantur ſtipulationem, ſtipulatione contineri videntur. Quo declarat per ea ita renovatam videri ſtipulationem, ac ſi in verba eorum a principio ſtipulatio eſſet concepta: id enim fieret, ſi ea ſtipulatione continerentur. Quod ſi pactum erit de alia re, quam quæ in ſtipulationem deducta eſt, haud dubie non continebitur illud ſtipulatione: nam quomodo contineri poteſt, quod verbis ſtipulationis non eſt comprehenſum? *l.quidquid 99. ff.de verb. obl.* Neque hæc inter ſe pugnant. Multum enim intereſt, utrum obligationi quid detrahas, ut in ſpecie Paulo propoſita factum eſt, an aliquid adjicias; & in re, quam adjicis, utrum conditio ſit aut dies, aliave qualitas, an vero ſit res & corpus novum, quod amplius promittas. Conditionem ſtipulationis mutare poſſumus manente ſtipulationis ſubſtantia, quæ ex re promiſſa conſtat, dummodo diverſitas illico placuerit, *l.1. §.3. d.tit.* Novam autem ſtipulationem conſtituere aliam atque aliam rem promittendo ſine verbis, id eſt, ſine interrogatione & reſponſione non poſſumus.

11 Hæc interpretatio ex mente Pauli defendenda eſt, quia placet orationem omnem, quantumvis generalem, de his tantum accipiendam eſſe, de quibus actum eſt, ut innumeris locis oſtendi poteſt, *l.qui cum 9. §.ult. ff.de tranſact. l.ſi de certa 31 C.eod. l.de eo 12 §.3. ff.ad exhib. l.ingenuum 25. ff.de ſtat.hom. l.ſi procurator 35. ff. de acq.rer.dom. §.fratris 3. Inſt. de nupt.* Quidam putant pactum in ſuperiore ſpecie prodeſſe etiam creditori ad actionem, nimirum ad petendas penſiones ſingulas earumque ſua die non ſolutarum uſuras. Sed male. Nam creditor, qui totius ſortis actionem ex ſtipulatione habuit, utique habuit & ſingularum partium actionem: itaque hanc ex pacto non deſiderat. Neque poteſt pactum hic propoſitum per rerum naturam proficere creditori ad aliquid petendum: quomodo enim poſſet actio eſſe ex ea conventione, quæ non ad obligandum promiſſorem interpoſita eſt, ſed ad liberandum; non ut quid detur, quod prius dari non debuit, ſed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur? Tantum quæſtio erat, an pacto iſto etiam a ſtipulatione uſurarum receſſum eſſet, ſolutio quoque uſurarum dilata ac diviſa. Si verba ſpectamus, non videtur; ſi vim ac poteſtatem, contra. Nam cum ita paciſcendo ſortis ſolutionem diſtulerit & diviſerit creditor, conſequens omnino eſt, ut etiam diviſiſſe intelligatur ſolutionem uſurarum.

14 Ut

14 Ut ſummatim dicam, quæcunque pacta fiunt de eadem re, quæ ſtipulatione comprehenſa eſt, ſive hæc detrahant aliquid de ſumma præcedente, ſive detrahant ſtipulationi diem aut conditionem, ſive hæc duo ſtipulationi adjiciant, omnia ſunt hujuſmodi, ut ſi in continenti, id eſt, ſtatim & ſine intervallo ſtipulationi ſubjiciantur, recte dicantur ſtipulationi ineſſe: atque his pactis ita renovatur ipſo jure ſtipulatio, ut quod pacto detrahitur, perinde ſit, quaſi nec in ſtipulationem veniſſet, ſive ſumma detrahatur, ſive dies aut conditio: cum autem dies aut conditio adjicitur, ut perinde ſit, ac ſi a principio hoc ſtipulatione comprehenſum eſſet. Intelligi autem debet omnia hæc pacta eſſe hujuſmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehenſione ſtipulationis: nam & tunc, cum dies aut conditio adjicitur, revera aliquid detrahitur ſtipulationi, ſcilicet totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit; cum alioqui ſtatim pecunia peti potuiſſet. Hoc intellecto recte dicemus pacta omnia ſtipulationi ipſo jure detrahere; ſeu efficere, ut quod in his ex continenti factis ſtipulationi detrahitur, nec deductum in ſtipulationem videatur, detracto ſine intervallo conſenſu, quamvis verbis manentibus. Quod ſi pacta obligationi adjicient, id eſt, de alia re præſtanda facta erunt, quam de ea, quæ ſtipulatione continentur, hæc ita ſtipulationi ineſſe non poſſunt, ut his ſubjectis ex ſtipulatione agi poſſit, *arg. l. quidquid 99. ff. de verb. obl.* Hæc ferme ſumma eſt eorum, quæ in hanc ſententiam fuſe diſputantur a Donello in *d. l. lecta 40. ff. de reb. cred. num. 23. & ſeqq. ad d. Cujac. in l. ſi ita 135. ff. de verb. oblig.*

CAP. XI.

Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interpoſito cautum?

1 *Ex pacto in bonæ fidei contractu interpoſito non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cui appoſitum.*
2 *Refelluntur Baldus & Duarenus, qui etiam præſcriptis verbis dari exiſtimant.*
3 *Species* l. Labeo 50. de contr. emt.
4 *Baldi & Duareni ſententiam juvari* l. 6. de reſc. vend. & l. 2. C. de pact. int. emt.
5 *Cur recipi nequeat eorum opinio, qui putant particulam* vel *in* d. l. 2. *eſſe correctoriam.*
6 *Ex pactis, quæ tendunt ad diſſolutionem contractus, cui adjiciuntur, actionem & ex contractu dari, & præſcriptis verbis.*
7 *Falſum eſſe oſtenditur, quod quidam exiſtimant, non poſſe ex eodem negotio*

gotio competere duplicem actionem, quarum una ſit bonæ fidei, altera ſtricti juris.

8 *Movetur difficultas ex* l.4. de leg. commiſſ. & l.16. de in diem addict.

9 *Bachovium, dum hinc ſe expedire conatur, ſubtilem agere.*

10 *Non pugnare* d.l.4. & d.l.16. *cum ſententia tradita num.6.*

1 QUæ hic noſtra ſit ſententia, ex iis, quæ ſuperioribus capitibus diſſeruimus, facile intelligi poteſt. Diximus illa pacta duntaxat ineſſe quæ conveniunt naturæ contractus, quæve pertinent ad præſtationes ejus & adminicula; atque hæc in continenti facta actionem bonæ fidei contractus formare, eamque extendere etiam ad petendum id, quod pacto cautum eſt. Et igitur hic ex contractu agitur, neque alia actio ex his pactis danda videtur, quam ejus contractus, cujus in continenti appoſita ſunt. Nam quod Baldus in *l.7. §.quinimo hoc tit. n.4.* & Duarenus *ibid.* duas ex hujuſmodi pactis actiones competere volunt, alteram informatam per pactum, quæ ſit ipſius contractus; alteram præſcriptis verbis, quæ naſcatur immediate ex pacto, id mihi neutiquam probari poteſt.

2 Eſt enim conſtanter traditum, ubi actiones uſitatæ & nominatæ competunt, non eſſe locum actioni præſcriptis verbis, ſed ad hanc demum decurri illis deficientibus, *l.1.l.2.l.3.ff.de præſcr.verb.* Itaque ſi, verbi cauſa, tibi vendiderim partem inſulæ, ut partem alteram conductam in aliquot annos haberes, aut inſulam vendiderim, ut alteram reficeres, aut vendiderim prædium ita ut uſuras, propter quas erat obligatum, penderem, cum ex omnibus his pactis actio ſit ex vendito aut emto, *l.fundi 79 ff.de contr.emt.l.6.§.1.ff.de act.emt. l.ex conventione 11.C.hoc tit.* actio propria contractus, cui inſerta ſunt, præſcriptis verbis ex his non dabitur, idemque de ceteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta facta ſunt, dicere licebit. Atque hoc certo quoque colligitur ex verbis Ulpiani in *d.l.7.§.quinimo 5. hoc tit.* Nam ſi pacta ex continenti interpoſita hactenus ſolum operantur, quatenus contractui inſunt & formant actionem ex contractu deſcendentem, non poterit ex his competere actio præſcriptis verbis: quippe cum eatenus nec inſint, nec actionem forment: quatenus enim inſunt, partem faciunt contractus, cui apponuntur. At actio præſcriptis verbis eſt actio nova, quam producere non alia ratione hæc pacta poſſunt, quam quatenus & ipſa conſtituerent contractum innominatum, ut ipſi contractus formati pro dationibus & factis haberentur, quod abſurdum eſt, eoque poſito quævis etiam pacta utilia forent, quod itidem ineptum eſſe ſupra demonſtravimus.

3 Nihil pro diſſentientibus facit *l.Labeo 56. ff.de contr. emt.* Nam ut recte Bachovius animadvertit, non agitur illic de pacto aliquo venditioni puræ adjecto, ſed de venditione contracta ſub conditione, quod etiam locus ipſe ſatis oſtendit. Proponitur bibliotheca vendita ſub hac con-

ditione,

ditione, ſi decuriones Campani locum emtori vendidiſſent, in quo eam poneret. In hac ſpecie ſi per decuriones Campanos non ſtet, quo minus conditio impleatur, Labeo actionem præſcriptis verbis dat, ad id videlicet, ut emtor aut impleat conditionem, aut venditori præſtet, quod ejus intereſt conditionem impleri. Ulpianus autem dat etiam ex vendito ad petendum pretium, tanquam purificata conditione, eo quod per emtorem ſtabat, quo minus impleretur.

4 Præcipue vero moti videntur Baldus & alii *l.2. C.de pact. int. emt. & vend. l.6. ff.de reſcind. vend.* quarum in altera proponitur fundus hac lege venditus, ut venditori quandoque pretium referenti reſtitueretur; in altera, ſi res quæ venit, intra certum tempus diſplicuiſſet, redderetur: atque utroque caſu conceditur vel actio ex emto, vel in factum præſcriptis verbis.

5 Hic ego probare non poſſum, quod a quibuſdam reſpondetur ad *l.2. C.de pact. int. emt.* particulam *vel* eo loco non disjungere, ſed corrigere: nimirum verba hæc Imperatoris Alexandri, *actio præſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*, non ita eſſe accipienda, quaſi hic duas actiones Imperator concederet, quarum alterutra venditor pro arbitrio uti poſſet: ſed poſteriorem duntaxat ex vendito. Hoc pueri credant: viris autem id perſuaderi poſſe non exiſtimo. Apud Paulum Alexandri conſiliarium in *d.l.6. ff. de reſc.vend.* converſo modo ſcriptum eſt, duas actiones ex pacto illic propoſito & emtioni adjecto competere, ex emto, aut proximam emti in factum. Quid ergo hic reſpondebunt? Si quis dixerit particulam *aut* apud Paulum ſimili modo eſſe correctoriam, non διαζευκτικὴν, is ſolam admiſerit actionem in factum præſcriptis verbis, non ex emto: ſin minus, fateatur utramque in ſpecie Paulo propoſita competere. Apud Pomponium ex ſententia Celſi relatum eſt, ſi juſſerim liberum hominem, qui bona fide mihi ſerviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præſcriptis verbis experiri me poſſe, *l.is qui 13. §.2. comm.* Quod ſi hic particula *vel* corrigendi vim habet, præſcriptis verbis duntaxat, non etiam mandati experiri potero.

6 Quid ergo dicimus? nimirum in prædictis locis proponi caſus ſingulares, & pacta ejuſmodi, quæ tendunt ad diſſolutionem contractus, cui adjiciuntur; quod cum ſit, apud veteres ſit dubitatum, an etiam actio ex contractu danda eſſet: exempli cauſa, an etiam de eo pacto actio ex vendito danda, quod venditionis diſtrahendæ gratia appoſitum eſt, nam certo jure jam olim admiſſa hic fuit actio præſcriptis verbis, *l.ſi vir uxori 12. ff.de præſcr.verb.* & placuit tandem etiam ex vendito agi poſſe, ita tamen, ut & altera adhuc manſerit, atque in arbitrio paciſcentis jam ſit, utra in hujuſmodi caſibus experiri velit.

7 Quod vero quidam exiſtimant ne his quidem caſibus cum actione ex contractu concurrere poſſe actionem præſcriptis verbis, neque fieri unquam poſſe, ut ex eodem negotio & actio, verbi cauſa, ex vendito detur,

& actio

Digitized by Google

& actio præſcriptis verbis, propterea quod illa bonæ fidei, hæc ſtricti juris ſit, id ego falſum eſſe non dubito. Nihil enim impedit, quo minus ex cauſa emtionis, locationis, mandati, ſocietatis, tutelæ, negotiorum geſtorum, utar condictione certi, quæ ſtricti juris eſt, *l.3.§.1. l.9. pr. & §.3. ff.de reb. cred. l.in duobus 28. §.exceptio 4. ff.de jurejur.* quamvis etiam ex emto, locato,&c. agere poſſim. De commodato, depoſito, pignore idem dicendum eſt, *l.4. §.1. & d.l.9. §.3.ff.de reb.cred.* Et eſt extra pecuniam numeratam hic etiam locus condictioni triticiariæ, *l.1. ff.de cond.tritic.* Nulla autem condictio proprie dicta, nempe qua aliquem nobis dare oportere intendimus, actio eſt bonæ fidei. Et quidni debitor ſoluto debito pignus condicere queat condictione ſine cauſa? *l.4. §.1. ff.de reb. cred.* Sic in ſpecie *l.2. ff. de cond. ſine cauſ.* locati actio cum condictione ſine cauſa concurrit, in *l.ex emto 11. §. is qui vina 6. ff. de act. emt.* actio ex emto cum eadem condictione ſine cauſa.

8 Sed hic nobis occurritur ex *l.4. ff.de leg. commiſſ. & l.Imperator 16. ff.de in diem addict.* quibus & ipſis locis de iis pactis agitur, quæ ſpectant ad diſſolutionem contractus, cui applicantur; & tamen non alia actio illic conceditur, quam ejus contractus, in quo ſunt interpoſita. Etſi autem hoc ſententiam noſtram juvat, quatenus defendimus ex pactis in continenti adjectis non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cujus in continenti facta ſunt; tamen alia parte nobis adverſatur, quatenus dicimus ex pactis reſolutoriis, quæve tendunt ad contractus, cui apponuntur, reſciſſionem, utramque actionem competere, & præſcriptis in factum verbis, & eam, quæ ſit ex contractu. Hic

Pauci, quos æquus amavit
Jupiter, &c.

expedire ſe potuerunt.

9 Bachovius Juriſconſultus ſubtiliſſimus, non tamen tam ſuæ ſententiæ adſtructor, quam deſtructor alienæ, exiſtimat eſſe iterum aliquid ſingulare in caſibus, qui referuntur *d.l.16. ff. de in diem add. & d.l.4. ff. de leg.commiſſ.* propter quod ex iſtis pactis, utut reſolutoriis, una duntaxat actio, eaque ex contractu, cui ſunt appoſita, detur, non etiam præſcriptis verbis: & nimirum ideo, quia actio præſcriptis verbis non datur, niſi in id, quod intereſt impletum eſſe, de quo convenit: cui conſequens ſit, ubi poteſtate legis impletur, quod in conventionem deductum eſt, ibi ceſſare actionem præſcriptis verbis; idque evenire in lege commiſſoria & addictione in diem, ſi pecunia ſua die ſoluta non ſit, aut melior ſit allata conditio; utpote quibus caſibus ipſo jure, & ſine ulla actione contractus reſolvitur, *l.1. l.5. ff. de leg.commiſſ. l.2. pr. l.4. §.3. l.9. ff. de in diem addict.* Quod ſi porro quis objiciat, reſoluto ipſo jure contractu ne actioni quidem contractus locum eſſe poſſe, reſpondet hanc quidem rationem fuiſſe dubitandi, quaſi dominio ipſo jure ad venditorem reverſo res vindicanda ſit: obtinuiſſe tamen, ut actio contractus daretur; quia utique ſemel interceſſit

Digitized by Google

& intermedio tempore vere ſubſtitit: & maxime ob præſtationes perſonales, quæ in judicium vindicationis commode venire non poſſunt.

10 Ceterum etſi hæc a viro ingenioſo ſubtiliter diſputantur; mihi tamen longe veriſimilius eſſe videtur, quod veteres etiam in caſibus *d.l.4. ff. de leg. commiſſ. & d.l.Imperator 16. ff. de in diem addict.* & ſimilibus ad reſcindendam venditionem pertinentibus, tantum admiſerint actionem præſcriptis verbis. Patet hoc ex *l. ſi vir uxori 12. ff. de præſcr. verb.* cujus reſponſi auctor eſt Proculus, vetus juris conditor. Neque difficilis eſt ad *d.l.4. & ad d.l.16.* reſponſio; nempe etſi quidam exiſtimaverint, etiam ex vendito iſtis caſibus agi poſſe, & ſecundum eos quæſtio deciſa ſit reſcriptis Imperatorum Antonini & Severi, *d.l.4.* nihilominus tamen manſiſſe adhuc actionem præſcriptis verbis, quæ certo jure jam antea dabatur. Atque hujus rei certiſſimum argumentum eſt, quod & Paulus in *d.l.6. ff. de reſc. vend.* & Alexander in *d.l.2. C. de pact. int. emt. & vend.* poſtquam jamdiu quæſtio deciſa eſſet ab Antonino & Severo, utramque actionem nihilominus conceſſerint: ut exiſtimare liceat non illud quæſitum fuiſſe, an prædictis caſibus ex vendito tantum agi oporteret, ſed an poſſet etiam agi ex vendito, cum certo jure agi poſſet præſcriptis verbis, *conſent. Don.in d.l.2. C. de pact. int. emt. Zoeſ.ad Pand. hoc tit. n.64.* Tota autem hæc & ſuperiorum aliquot capitum diſputatio ſupervacua & plane inutilis eſt: nam cum hodiernis moribus pactorum omnium deliberato initorum non minor ſit vis & efficacia, quam quæ ſtipulationis jure Romanorum fuit, conſequens eſt, nec minorem eorum eſſe vim, quæ ex intervallo, quam eorum, quæ in continenti facta ſunt; nec quicquam referre contractibus ſtricti juris, an bonæ fidei, ſive ex continenti, ſive ex intervallo apponantur: denique ſuperfluum nunc eſſe quærere, qua actione petendum, quod pacto comprehenſum eſt.

CAP. XII.

De pactis tacitis.

1 *Illata & invecta in prædium urbanum, pignori eſſe locatori, quaſi id tacite convenerit; in ruſticis prædiis contra obſervari, & quare.*

2 *Explicatio* l.3. in quib.cauſ.pign.tac.contr.& l.4. §.1. eod.

3 *Sententiam Juſtiniani in* §.item Serviana, Inſt.de actionib. *a Theophilo recte expreſſam.*

4 *Locus Ulpiani in* l.14. §.1. de relig. & ſumt. fun. *explanatur.*

5 *Non cohærere* §.1. l.7. in quib. cauſ.pign.tac. *cum* principio.

6 *Quid novi conſtituerit Juſtinianus* l.ult. C.in quib.cauſ.pign.tac.

7 *An ad obligationem illatorum in prædium ruſticum ſufficiat illata eſſe voluntate domini, cum examine* l.5. C.de locat.

8 *An*

8 *An tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille inſcio curatore in ædes conductas intulit.*
9 *An lex taciti pignoris locum habeat & in libris a ſtudioſis importatis.*
10 *Qui chirographum debitori reddit, tacite pactus intelligitur, ne petat: & conſequenter etiam pignus remiſiſſe.*
11 *Pignoris redditi non eadem ratio, & quare.*
12 *Reddito pignore an & quando obligatio pignoris remiſſa videatur?*
13 *Quid juris ſi inſtrumento, quod redditum eſt, alius quoque ſit obligatus.*
14 *Refertur communis DD. ſententia, aſſerentium etiam unius ex pluribus ejuſdem debiti chirographis redditione cenſeri obligationem remiſſam, eorumque argumenta.*
15 *Refellitur hæc ſententia, & argumentis a Bartolo adductis occurritur.*
16 *Reſpondetur pleniſſime ad ſingula argumenta prolata a Bachovio.*

SAtis jam contemplationibus Academicis indultum eſt: quæ porro ſequuntur, ea non minus in foro, quam in ſcholis uſum habent, & ubivis locorum etiam praxin exercentibus hodieque utilia ſunt. In paciſcendo nulla deſideratur ſolennitas, ſed ſufficit quocunque modo paciſcentes conſentire, vel expreſſe ſermone, & tractatu inter præſentes habito, aut per epiſtolam nuntiumve inter abſentes; vel tacite nullo tractatu habitu, *l.2. hoc tit.* Hinc nata pactorum hæc diviſio, quod quædam ſint expreſſa, quædam tacita. Pactum expreſſum eſt, quo aut verbis aut per epiſtolam nuntiumve voluntas paciſcentium ſignificatur: tacitum, cum nihil eorum intervenit: cujus eadem tamen vis eſt, quæ expreſſi, *l.2. & 2.ſeqq. ff.hoc tit.* Tacita conventio ſive conſenſus tacitus vel lege tantum præſumitur interveniſſe, habetque locum etiam in iis, qui nihil tale cogitant; quomodo invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo, quaſi ex tacito pacto pignori ſunt locatori; quæ ſpecies tacitæ conventionis obligatoria eſt: vel re & facto aliquo conſenſus declaratur, veluti redditione chirographi aut inſtrumenti pignoris, &c. quod genus taciti pacti liberatorium eſt.

1 De priore in genere ita jus eſt, ut quæ in prædia urbana inducta & illata ſunt ab inquilinis, ea pignori ſint locatori, quaſi id tacite convenerit, *l.4. ff.hoc tit. l.2. l.4. l.6. ff.in quib. cauſ. pign. tac. contr.* in prædiis ruſticis, ut dominus fundi locati in fructibus, qui ibi naſcuntur, tacitum pignus quaſi ex conventione habeat, *l.in prædiis 7.ff.eod.tit.l.3.C.eod.* illata autem & importata a colono non aliter pignoris jure teneantur, quam ſi id nominatim convenerit, *d.l.4. ff.eod. l.5. C. eod. l.5. C. de locat. §.3. Inſt. de interdict.* Hujus autem differentiæ ratio ſi quæratur, ea ſumenda eſt ex moribus populi Romani. Solebant enim in prædiis ruſticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta & illata, *l.ſi ſervus 61. §.locavi 8. ff. de furt.* Quod autem erat in more poſitum, ut alias ſæpe, in jus paulatim tranſiit, & pro dicto habitum, ſicubi dictum non eſſet, ut eleganter *Cujac. ad d.l.4. ff.hoc tit. add.Donell. c.4. de pign. Bachov. 1. de pign. 11. Tulden.in Cod.in*

*quib.cauſ.pign.tac.n.*3. *Perez ibid.n.*2.*&* 7. *Garz.ad l.*5.*C.de locat.Chriſtin. vol.*3. *deciſ.*110. Ergo in iis, quæ colonus in fundum conductum invexit aut intulit, locator quaſi ex tacita conventione jus pignoris non habet; ſed ad hoc opus eſt conventione expreſſa.

2 Nec eſt contrarium, quod Ulpianus in *l.*3. *ff.in quib.cauſ. pign.tac. contr.* ex autoritate Neratii reſpondet, etiam in invectis illatis in horreum conductum, vel diverſorium, vel aream, tacitam de pignore conventionem locum habere. Loquitur enim Ulpianus de horreo ſeorſum conducto ad reponendas merces aut res alias, qualia quæ noſtratibus *Packhuyſen*: nam ſi fundus conductus ſit, horreum pars fundi intelligitur, *l.fundi* 211.*ff.de verb. ſign.* Neque per aream intelligit agrum partemve fundi, ſed locum in oppido aut pago ædificiis vacuum, ſive planitiem, quæ circumſepta idonea ſit, ad cæmenta, lateres, calcem, trabes, aſſeres, & hujuſmodi alia reponenda & aſſervanda. Diverſoria autem & ſtabula, aliaque meritoria etiam in villis & vicis, teſte ipſo Neratio, in cauſa taciti pignoris, a prædiis urbanis non differunt, *d.l.*4. §.1. *ff.in quib.cauſ. pign. tac. add.l.urbana* 198. *ff.de verb.ſign.*

3 Quod autem Juſtinianus ſcribit *§.item Serviana* 7. *Inſt.de act.* actione Serviana experiri locatorem de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur, id non hanc habet ſententiam, res omnes coloni pro mercede fundi locatori eſſe obligatas, ſed de his, quæ obligatæ ſunt, Servianam competere: Nam ut bene Mynſingerus, relativum *quæ* illic non demonſtrat, ſed diſtinguit. In paraphraſi Græca clare rem ſic expreſſit Theophilus, *ἐμισθώσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἀγρὸν καὶ γέγονας μοι κολῶνος*, &c. *εἰσήγαγες δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καὶ πράγματά τινα οἷον ἵππους βόας*,&c.*πακτεύσας ὥστε μοι ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος*. *Conduxiſti*, inquit; *a me fundum, & factus es mihi colonus*, &c. *Induxiſti autem in eum fundum & res quaſdam, veluti equos, boves*, &c. *pactus ut hæ mihi mercedis nomine obligarentur*.

4 Nonnihil autem negotii facit, quod apud Ulpianum ex Pomponio relatum eſt *l.etſi quis* 14. §.1. *de relig. & ſumt. fun.* mortuo colono vel inquilino, ſi non ſit unde mortuus funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, & ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debita penſione teneri. Non potes hic reſpondere cum Bachovio *lib.*1. *de pign. cap.*11.*num.*4. non eam eſſe Ulpiani ſententiam, quod invecta illata a colono vere pignori ſint obligata; ſed hanc, quod inſtar pignoris ſuperfluum pro debita penſione retineri poteſt, eodem nimirum ſenſu, quo alibi idem Juriſconſultus ait, poſſe venditorem, emtore pretium non offerente, quaſi pignus retinere rem, quam vendidit, *l.Julianus* 13. *§.offerri* 8. *de act.emt.* & Paulus *l.creditoris* 15. *§.ult. ff.de furt.* commodatarium ob impenſas in rem commodatam factas habere retentionem, quaſi pignoris loco ea res ſit. Etenim verba illa Ulpiani, *ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debita portione tenetur*, non magis ad colonum, quam ad inquilinum pertinent,

a quo

Digitized by Google

a quo illata & invecta conſtat pro mercede pignoris nexum ſubire. Deinde non alius retentionem rei habere poteſt, niſi qui & eam detineat; qui in propoſito non eſt locator, ſed heres conductoris, cui & cura funeris incumbit. Denique non dicit Ulpianus, poſſe ſuperfluum quaſi pignus retineri, ſed ſuperfluum pro debita penſione teneri, quo verbo ſignificatur obligatio, *l.6. l.9. ff. in quib. cauſ. pign. tac. l. grege legato 13. pr. ff. de pign.* & paſſim alibi, atque hoc innuit Juriſconſultus etiam tacito pignori impenſam funeris præferri, utpote quæ omne creditum præcedere ſoleat, cum bona ſolvendo non ſunt, *l. pen. ff. de relig. & ſumt. fun.* Rectius dixerimus ponendos eſſe terminos habiles, nempe eum in colono caſum, quo de illatis, ut pignori eſſent, expreſſim, ut & aſſolet, *l. potior 11. §.2. ff. qui pot. in pign.* convenit.

5 Illud bene notat Bachovius, paragraphum primum *l.7. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* non cohærere cum principio: ſed illic determinari, quænam ex illatis & invectis pro mercede ædium conductarum teneantur: idque magis placet, quam quod Perezius exiſtimat, locum accipiendum eſſe de eo caſu, quo expreſſe placuit illata quoque & invecta in fundum pignoris jure teneri.

6 Minime autem movere nos debet conſtitutio Juſtiniani in *l. ult. C. in quib. cauſ. pign. tac.* quippe qua conſtitutione tacita conventio de illatis & inductis non porrigitur ad illata inducta in prædium ruſticum, ſed jus taciti pignoris in invectis & illatis in prædium urbanum, quod antea quibuſdam in locis duntaxat obtinebat, producitur ad omnes provincias. Itaque τὸ ἐν ἀρχῇ λαμβάνει, qui argumento hujus loci conetur probare non minus in prædiis ruſticis, quam in urbanis legem de tacita hypotheca invectorum habere locum.

7 Veterum interpretum ſententia eſt, in urbanum quidem prædium illata indiſtincte pignori eſſe, etiamſi neque pactio interceſſerit, neque ſciverit locator illata eſſe: in ruſticis autem prædiis, expreſſa quidem conventione opus non eſſe ad illatorum obligationem; ceterum ut ea pignoris nomine teneantur, ſufficere ſi voluntate domini illata ſint; quod nec ipſum exigatur in illatis in prædium urbanum. Laudant in hanc ſententiam conſtitutionem Alexandri, quæ extat in *l. certi juris 5. C. de locat.* ibi, *quæ voluntate dominorum coloni induxerint*, &c. Sed cum novum non ſit, ut voluntatis nomine adſignificetur expreſſa conventio, uti apud Marcianum in *l. Pomponius 5. §.1. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* & apud Juſtinianum *l. ult. C. de novat.* ubi voluntate, id eſt, expreſſa conventione dicitur fieri novatio; ſatius eſt ex mente auctorum juris, verba illa, *voluntate dominorum*, accipere pro pactione & conventione. Quorſum enim exigamus, ut voluntate domini quid inferatur, niſi ſimul ut pignori illud ſit, pactio aliqua inter dominum & colonum intercedat? Sed & voluntate domini illata ſic recte accipi poſſunt, cum *Donell. de pign. c.4.* ſi dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui enim hanc legem locationi dat, vi ipſa & per conſequentiam paciſci intelligitur, ut

quæ

Digitized by Google

quæ ex pactione importabuntur, pignori nexa ſint. Græci, *πάντα ὅσα οἱ μισθωτοὶ εἰσάγουσιν εἰς τὸν οἶκον τοῦ μισθωθέντος αὐτοῖς ἀγροῦ, βουλομένου τοῦ δεσπότου ὑπόκειται ταῦτα ἐπὶ τῷ μισθώματι. ἐπὶ δὲ οἴκου μισθωθέντος, καὶ ἀγνοοῦντος τοῦ δεσπότου εἴτινα εἰσενεχθῶσιν, ὑπόκειται.* i.e. *Quæcunque coloni domino volente in domum locati fundi inferunt, ea pignoris jure pro mercede tenentur: quæ vero in ædes conductas inferuntur, ea pignori ſunt, etiamſi importata ſint domino ignorante,* in eandem, ut videtur, ſententiam. Ceterum ſuperior DD. opinio in praxi prævalere dicitur, & proinde juxta illam DD. opinionem, & juxta uſum fori, vaccæ, boves, oves, ceteræque pecudes, quæ paſcuntur in agris, & paſcuis conductis, pignori ſunt locatori, ſi ſcience illo fuerint immiſſæ.

8 Porro ex iis, quæ ſunt dicta ſupra, ſatis patet tacitum hoc pignus, quod locator habet in illatis invectis in prædium urbanum, non eſſe vere & proprie, aut totum legale, ſeu quod ab ipſa lege conſtituitur; ſed eſſe ex tacita conventione, quam lex præſumit ex facto illationis. Unde quæſitum eſt, an tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille ſine curatoris conſenſu in ædes conductas intulit. Et ſiquidem hoc eſſet pignus mere legale, id eſt, ſi citra ullam conventionem de pignore, ſola poteſtate legis induceretur, nullum hic eſſet privilegium minoris; quia lex operatur ſine reſpectu perſonarum: unde bona minoris cum fiſco contrahentis, *l.2. ff.de reb.cor.qui ſub tut.* item uxorem ducentis obligantur: quia iſtæ hypothecæ ſunt pure legales, ut recte *Gloſſ. & Cyn. in l.ult. C.de leg. tut.* (quanquam hic diſſentit Coſtalius in *l.4. ff.hoc tit.* falſo aſſeverans Bartolum ſibi in hac re aſſentire in *d.l.4.* & in *l.ſi conſtante 24. ff.ſolut. matr.*) Sed quoniam hypotheca, de qua agimus, non tota legalis eſt, ſed magis conventionalis, naſcens ex præſumtione tacitæ conventionis, ut apparet ex *d.l.4. ff.hoc tit. l.4. l.6. ff.in quib.cauſ.pign.tac. l.3. l.ult. C. eod.* dixerim res a minore illatas ſine curatoris auctoritate non teneri: quoniam minor jus oppignerandi non habet. Ita *Coſtal. poſt DD. comm. in d.l.4. ff. hoc tit. & in d.l.ſi conſtante 24. ff.ſolut.matr. Sichard. ad l.5. C.de locat. n.11. Bachov. 1. de pign.11.* diſſ. *Neguſ. p.2. membr.4. n.54. & ibi alleg. Treutl. diſput.de pignorib. theſ.4. Chriſtin. vol.3. deciſ.110.*

9. Sed quid ſi ſtudioſus (intellige, qui major ſit 25. annis) cubiculum aut partem ædium conduxerit; an & libri, quos illo intulit, legem taciti pignoris ſequentur? Et SchneideWinus poſt Jaſonem & Zaſium in *§.item Serviana 7.Inſt. de action. Bachov. lib.1. de pign.c.11.* negant ſequi, idque duplici potiſſimum argumento. Primum petitum eſt a ſimili, quia, inquiunt, quemadmodum inſtrumenta ruſtica in fundum illata a colono obligata non ſunt domino fundi, propterea quod iis fundus colitur, *l.7. l.8. C. quæ res pign. oblig.* ita nec libri ſtudioſorum in Muſeum conductum illati domino ædium jus pignoris tribuere debent, quia iis mens colitur. Alterum ſumtum eſt a natura hypothecæ generalis, qua non continentur ea, quæ veriſi-

mile

Digitized by Google

mile eſt quemquam ſpecialiter non obligaturum fuiſſe, *l.6. §.2.& ſeqq.ff.de pign.* At generalis,inquiunt, hypothecæ naturam ſequitur hypotheca illatorum; nec veriſimile eſt ſtudioſum libros ſuos ſpecialiter obligaturum fuiſſe. Sed tamen praxis apud nos,& in omnibus fere Academiis eſt in contrarium. Nec obſtant rationes allatæ. Non enim ideo inſtrumenta ruſtica in fundum illata a nexu taciti pignoris libera ſunt, quia iis fundus colitur; ſed quia nec in aliis a colono illatis induſtiſve jus pignoris citra conventionem habere locatorem placet; utpote cui ſatis cautum fructibus, qui in fundo naſcuntur. Nec valet etiam ratio, quam afferunt ex *l.6. ff.de pign.* Nam ſtudioſi ſupellex pene omnis eſt in libris poſita, ut veriſimile non ſit ſtudioſum tacite ex tacito ſuppellectilis pignore voliſſe excipere ſupellectilem librariam, præter quam vix aliam habet. Nemo autem negat etiam in iis, quæ a ſtudioſo illata ſunt, tacitum pignus eſſe. Sed nec procedit argumentum a pignore generali ad pignus illatorum & invectorum: ſiquidem inter invecta & illata ſuppellex quoque contineri intelligitur, *l.in prædiis 7. §.1. ff.in quib.cauſ.pign.tac.* contra quam in pignore generali, *d.l.6. ff.de pign. Per. in Cod.tit. in quib. cauſ. pign.tac.* Sed nimis longe digredimur. Alterum genus pacti taciti erat, cum ipſi paciſcentes facto aliquo conſenſum declarant.

10 Hujus generis exemplum elegans eſt, ſi creditor debitori chirographum reddiderit: tacite enim pactus videtur, ne petat,& debitum remiſiſſe, *l.2. §.1. ff.hoc tit. fac. l.3. §.1. ff. de lib.leg. l.qui chirographum* 59. *ff. de leg.*3. Et conſequenter etiam pignus, ſi quod intervenerit, hic remiſſum intelligi debet, *arg. l.in omnibus* 43. *ff.de ſolut. l.7. C.de remiſſ. pign.* ſicut & cum expreſſe paciſcor, ne debitum petam, pignoris obligatio per exceptionem tollitur; quæ ſententia eſt *l. ſi tibi* 17. *§.2. ff. hoc tit.* ut adeo hoc quoque ſit exemplum taciti pacti, quo pignus remittitur. Nec obſtat *l.ſi chirograph.* 24. *ff. de probat.* quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio taciti pacti, ſed præſumtio ſolutionis: contra quam tamen probationes manifeſtæ audiuntur: ſicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare ſe ob aliam cauſam chirographum reddidiſſe.

11. Pignoris redditi non eadem ratio, *l.3. ff. hoc tit.* quippe chirographo ipſa principalis obligatio continetur, *l.ſervum filii* 44. *§.eum qui* 5. *ff. de legat.*1. *l.qui chirographum* 59. *ff. de legat.*3. *l.1. C. de donat.* At obligatio pignoris a debito principali ſeparata eſt, atque hujus quædam παρενθήκη, ſeu acceſſio duntaxat, *nov.*4. *l.in omnibus* 43. *de ſol.* ut præſumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit, cogitaſſe ſimul de remittendo ipſo debito.

12 Simili ratione conventio fidejuſſoris non continuo prodeſt reo, *l.23. hoc tit.* quamvis rei conventio etiam fidejuſſori proſit, *l.21. eod. in fin. Cujac. ad d.l.2.eod.* Plane reddito pignore quin pignoris obligatio remiſſa intelligi debeat, nullus dubito, *arg. l.1. §.1. ff.de lib.leg.* Ceterum ita hic diſtinguendum arbitror: Si inſtrumentum, quo pignoris obligatio conſcri-

pta

pta & conſtituta eſt, redditum ſit, obligatio pignoris omnino remiſſa cen ſeri debet, per *d.l.7. C.de remiſſ. pign.* At ſi creditor ipſam rem pigneratam, quam poſſidebat, reddat debitori, hic refert, ultro & ſimpliciter reddat, nec dicat, in quem finem; an reddat debitori petenti ad certum uſum. Priore caſu videtur eo animo reddidiſſe, ut vinculum pignoris remitteret: nam vox reddendi ſignificationem retro dandi habet, ut eo loco res ſit, quo prius fuit, *l.verbum* 94. *ff. de verb. ſign.* atque in dubio cenſetur ultro & ſimpliciter reddidiſſe, *fac. l.cum de cauſa* 9. *C.de remiſſ.pign.* Poſteriore caſu, ubi conſtat creditorem debitori petenti reddidiſſe rem pigneratam in aliquem uſum, non intelligitur pignoris vinculum diſſolutum eſſe: ſiquidem pignus cum precario conceditur, remanet obligatum, *l.cum & ſortis* 35. §.1. *ff.de pign. act. l.qui pignoris* 36. *ff.de acq. poſſ. Buſ.ad l.*2. *ff. hoc tit. Bachov. ad hunc tit.in ſecunda diviſ. pact.* Illa igitur ratio, quæ vulgo affertur, quod ideo ex chirographi redditione tacitum de non petendo pactum colligatur, quia chirographi nullus uſus eſt: pignore autem reddito non item, quoniam eo debitor uti poteſt, etſi momentum aliquod habet, non eſt tamen adæquata.

13 Quid ſi inſtrumento, quod redditum eſt, alius quoque ſit obligatus? Puto ſoli ei, cui redditum eſt, ex tacito pacto acquiri exceptionem: nam neque cum altero quicquam actum eſt, neque is, cui redditum, quicquam nomine ejus egit, & ut egiſſet, tamen alteri paciſcendo exceptionem quærere non potuit, *l.ſi tibi* 17. §.4. *hoc tit. l.ſtipulatio* 38. §.*alteri* 17. *de verb. obl.* utique ſi nihil paciſcentis interſit alterius quoque obligationem diſſolvi, *l.& heredi* 21. §.*ult. l.fidejuſſoris* 23. *hoc tit.* nec excipimus duos debendi reos, niſi & ſocii ſint. Bartolus eo amplius exiſtimat ei, cui inſtrumentum redditum eſt, etiam donatas intelligi actiones adverſus alterum, eumque procuratorem conſtitutum in rem ſuam. At enim cum donatio non facile præſumatur, niſi cum alia quacunque conjectura deficiamur, aut alias actus inutilis foret (quod in propoſita ſpecie non accidit) non immerito hæc ſententia aliis diſplicuit. Æquius enim & benignius eſt hoc factum ſic interpretari, ut is, cui obligatio reddita eſt, cenſeatur pro ſua quidem parte liberatus, pro parte vero altera exigendi tantum nominis gratia procurator a creditore conſtitutus. *Duarenus & Buſ.ad d.l.*2. *ff.hoc tit. Menoch. lib.*3. *præſumt.*143. *Antonius Faber Cod. forenſ. definit.*6. *Abbas Panormitan.in cap.Eccleſia, ut lit.pend.* ubi tamen prudenter monet in hac quæſtione recurrendum eſſe ad conjecturas pro varietate circumſtantiarum. Eſt enim hæc quæſtio facti potius, quam juris: & ideo non tam ad Juriſconſultum, qui nihil certi hic definire poteſt, pertinet, quam ad judicem, qui de facto cognoſcit, & circumſtantias in ſingulis cauſis examinat. Quid enim dicemus, ſi creditor ſit admodum dives, debitor autem, cui cautio reddita, inops, eique arcta neceſſitudine conjunctus? Aut contra, quid ſi debitor forte miles ſit, aut mulier, aut minor 25. annis? Bachovius 2. *diviſ. pact. n.*6. etiam hoc ipſum abſurdum eſſe contendit, quod dicimus in

ca-

Digitized by Google

caſu propoſito mandatam videri adverſus tertium nominis exactionem: ſed non eſſe abſurdum argumento eſt, quod traditio inſtrumenti ſicut inducit probationem rei traditæ, ita & mandatarum actionum, *l.* 1. *C.de donat. l.Mævia* 49. *ff.ſolut.matrim. l.ſerviunt filii* 44. §.5. & 6. *ff.de legat.* 1. Quid ſi ejuſdem debiti plura ſint apud eundem creditorem chirographa, an vel unius redditione cenſebitur obligatio remiſſa? Ajunt *Bart.Bald.Caſtr.Jaſ. in d.l.2. boc tit. Menoch. d.præſ.* 140.

14 Moventur hac ratione, quia unum tantum eſt inſtrumentum, quamvis pluribus tabulis conſcriptum, per *l.*24. *qui teſt.fac.* & quia tabulis reſtitutis non ſcriptum, ſed contentum reſtitutum intelligitur, *arg. d.l.*2. §.1. *hoc tit. l.*52. *de leg.*3. *l.*1. *C.de don.* Atque hanc ſententiam Bachovius *d.*2. *div.pact. n.*7. ex profeſſo tuetur. Argumenta, quibus eam probare conatur, quinque fere affert. Primum petitum eſt ex *l.veteribus* 39. *hoc tit.* ubi Papinianus ait, veteribus placuiſſe, pactionem obſcuram vel ambiguam ei nocere, in cujus poteſtate fuit legem apertius conſcribere, unde infert creditori imputandum eſſe, quod non apertius egerit, cum contra eum ſit præſumtio juris. Secundum argumentum eſt, quia humanior eſt ſententia, quæ favet liberationi. Tertium, quia generalis eſt definitio *d.l.*2. §.1. *eod.* Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi in dubio intelligi poteſt, quam debiti remiſſio. Quintum, quia ſi unum ex duobus chirographis debitori legatum eſſet, liberatio legata cenſeretur.

15 Ceterum hanc ſententiam improbant *Duar.Fort.Garz.Paul.Buſ.in d.l.*2.§.1. excepto ſi id actum fuiſſe appareat, veluti ſi tabulæ non ſimpliciter redditæ, ſed aut donatæ ſint, aut legatæ debitori. Et ſape rationes a Bartolo & aliis adductæ tales ſunt, ut pro creditore retorqueri poſſint in debitorem, nec minus creditori quam debitori faveant. Nam ut alii pro debitore ſic ratiocinantur; Unum inſtrumentum eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum, verum eſt igitur redditum eſſe: ita contra debitorem pro creditore hoc telum retorqueri poteſt; Unum inſtrumentum eſt: atqui hoc a creditore retentum; igitur non eſt redditum. Sed nec illud ſimpliciter verum eſt, quod ajunt unum tantum eſſe inſtrumentum. Unus quidem eſt contractus, aut una obligatio; at plures tamen cautiones hic eſſe aut plura inſtrumenta dici poſſunt. Quod ſi contraria ſententia admittatur, magna occaſio præbebitur improbis hominibus fallendi bonos creditores ſuos: quippe in proclivi eſt duo chirographa ejuſdem argumenti conſcribere, quorum alterum tradatur creditori, alterum a debitore retineatur, ut ſi quando, ex eo, quod traditum eſt, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud ſibi redditum eſſe a creditore: atque ita feneſtra aperietur fraudibus. Cenſent igitur *Duar. Garz.* & *Buſius*, unius chirographi redditione non debere intelligi factam eſſe debiti remiſſionem, niſi id actum eſſe probetur. Quod ſi id doceri non poſſit, potius actori, quam reo, juramentum deferendum, quo affirmet chirographum a ſe redditum non eſſe animo remittendæ obligationis: quibus & nos ſubſcribimus: facitque huc

Digitized by Google

bonus textus in *l.ult. de his quæ in teſt. del.*

16 Supereſt, ut reſpondeamus argumentis Bachovii. Ajo igitur, quod in *l.veteribus* 39. *hoc tit.* de interpretatione pacti obſcuri aut ambigui traditum eſt, non eſſe temere trahendum ad ea pacta, quæ tacite ex facto aliquo colliguntur, ad hoc ut donatio interveniſſe præſumatur etiam eo caſu, ubi alius iſtius facti finis dari poteſt. Vel frivola cauſa excludere debet donationis præſumtionem, cum nemo facile præſumatur ſuum jactare aut effundere velle, *l.cum de indebito pr.de probat.* & *ibi DD.Jaſ. in l.*3. *hoc tit. Cyn.Bald.* & *DD.in l.*3.*C.de non num.pec.* Idemque ad ſecundum argumentum reſponſum eſto; nempe non uſque eo liberationi indulgendum, præſertim ubi conſtat de præcedente obligatione, ut quis ſine cauſa ſuum perdere voluiſſe præſumi debeat: donare enim, perdere eſt, *d.l.cum de indebito* 25. *de probat. l.*7. *pr. de donat.* Ad tertium, definitionem *d.l.*2. *§.*1. reſtringendam eſſe ad eam ſpeciem, ubi una duntaxat cautio expoſita, & eadem reddita eſt. Ad quartum reſpondeo, cum creditor unum duntaxat e duobus ejuſdem debiti chirographis, quæ habet, debitori reddit, non continuo credendum eſſe, voluiſſe eum debitum remittere, cum alius hujus redditionis finis eſſe poſſit, qui potius præſumendus ſit; nimirum ideo id factum eſſe, quia ex altero, quod retinuit, debitum ſatis probari poſſit, ut ſupervacuum videatur utrumque retinere. Et cur quæſo ſi animum remittendi debiti creditor habet, non utrumque reſtituit, ſed alterum retinet? Actus agentium, ut vulgo dicitur, non operantur ultra eorum intentionem, *l.non omnis* 19. *de reb. cred.* Adde & hunc finem, ne videatur creditor utroque chirographo retento aliquid malitioſe velle machinari adverſus debitorem. Ad quintum, loqui nos de eo caſu, cum quis unum e duobus chirographis reddit ſimpliciter, nec id ſe donare profitetur. Legare, eſt donare, *l.*36. *de legat.*2. *§.*1. *Inſt.eod.* Nec dubium eſt, quin quemadmodum donatis, ſic etiam legatis tabulis, nomen ipſum ſeu debitum donatum legatumque intelligatur.

CAP. XIII.

De pactis in rem & in perſonam, deque eorum vi ac poteſtate.

1 *Quid ſit pactum in rem, quid in perſonam.*
2 *Pacta in rem quibus proſint.*
3 *Species* l.17. §.4. hoc tit.
4 *Pacta in perſonam, non egrediuntur perſonam ejus, cui facta ſunt.*
5 *Jure noviſſimo pactum rei, quantumvis perſonale, etiam fidejuſſori prodeſſe.*
6 *Unde æſtimandum, utrum pactum in rem ſit, an in perſonam.*

Pi æ-

PRæterea pactorum alia in rem ſunt, alia in perſonam. *l.7.§.pactorum 8. hoc tit.* quæ diviſio ab effectu ſumta eſt. Sunt, qui ratione materiæ ſic diſtingui pacta exiſtimant: ſed errore perſpicuo labuntur: ſiquidem perſonæ non poſſunt eſſe objectum pactionis.

1 Pacta in rem ſunt, quoties generaliter paciſcor, ne petam. In perſonam, quoties ne a perſona petam, puta L.Titio, *d.l.7. §.pactorum.* Mos loquendi veterum juris auctorum eſt, ut quod generaliter & ſine perſonæ deſignatione fit, id in rem fieri ab ipſis dicitur. Sic actiones exceptioneſque in rem ſcriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis novi in rem fieri legimus, *l.metum 9.§.ult.quod met.cauſ. l.2.§.1.l.4.§.pen.de dol.mal. exc. l.1.§.pen. de interdict.l.operis 10.de op.nov.nunt.* Cum igitur quis generaliter paciſcitur, ne petat, nec perſonam nominat, a qua petiturus non ſit, in rem pactum dicitur conceptum eſſe. In perſonam vero, cum exprimitur certa perſona. Nec inutilis eſt hujus dictionis cognitio. Nam quæ pacta in rem concepta ſunt, ea omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe, paciſcentis intereſt, *l.& heredi, §.ult. hoc tit.*

2 Itaque pactum reale debitoris proficit & fidejuſſori, quoties debitoris pecuniariter intereſt, ut fidejuſſori quoque proſit; ſcilicet quando fidejuſſor ejus nomine, quod pro reo ſolverit, mandati aut negotiorum geſtorum actionem cum eo habet. Quibus autem caſibus fidejuſſori adverſus debitorem regreſſus non datur, veluti ſi donandi animo fidejuſſerit, aut pro invito & vetante, pactum rei fidejuſſori non prodeſt, *d.l.& heredi, §.ult. junct. l.quod dictum 32. eod.l.ſi pro te 40. mandat.* nempe quia rei nihil hic intereſt a fidejuſſore non peti. Eademque ratione nec pactum fidejuſſoris generale prodeſt reo principali, aut confidejuſſori, qui ſocius non eſt; ſcilicet quia nihil fidejuſſoris principaliter intereſt, a quoquam eorum non peti, cum nullam adverſus eum nomine ejus, quod ſolverint, actionem habeant, *l.fidejuſſoris 23. hoc tit. l.39. de fidejuſ.* Proſunt porro pacta in rem & heredibus noſtris, *l.tale pactum 40. eod.l.ſi pactum 9.de probat.* atque ut proſint, etiam noſtra ſemper intereſſe intelligitur, crediturque unuſquiſque eo eſſe animo, ut non minus heredibus ſuis, quam ſibi proſpectum velit, *d.l.9. de probat.*

3 Non obſtat *lex 17.§.4. hoc tit.* quoniam illic exemplum proponitur pacti perſonalis, ſi quis paciſcatur, ne a ſe, neve a Titio petatur, & ratio Juriſconſulti eo tantum pertinet, ut ſignificet ei, qui non ut heres adjectus eſt, etiamſi poſtea heres extiterit, tale pactum non prodeſſe, nec ex poſtfacto confirmari, quod ab initio in perſona adjecti non conſtitit.

4 Pacta autem in perſonam concepta ejus, cui facta ſunt, perſonam non egrediuntur, *l.idem in duobus 25.§.1.eod.* qua de cauſa nec heredibus proſunt, *d.l.25.§.1. d.l.17.§.3. & 4.eod.* nec fidejuſſori, *l.niſi hoc 22. eod.* quanquam vix eſt, ut hoc procedat jure noviſſimo. Jure veteri creditor electionem habebat a reo vel a fidejuſſore petendi, poteratque hunc etiam ante illum convenire, *l.5. l.ſi alienam 19. C.de fidejuſ.* neque hoc jus conve-

K 2 niendi

Digitized by Google

niendi fidejuſſorem omiſſo reo, pacto perſonali ſibi adimebat.

5 At jure novo fieri non poteſt, quin pactum rei, licet perſonale, fidejuſſori quoque proſit. Nam cum hoc jure *Nov.*4. *c.*1. unde *auth. præſente, C. de fidejuſſ.* reum principalem prius conveniri atque excuti neceſſe ſit, quam ad fidejuſſores veniatur, nec ante eum his efficaciter agi queat, quam ſi ſuum creditor a debitore conſequi non poſſit; hoc beneficium ordinis & excuſſionis fidejuſſori jure publico datum, pactione debitoris ei auferri non poteſt. Itaque nunc etiam pacto perſonali cum debitore facto juvabitur fidejuſſor; niſi ipſe beneficio ſuo ultro renuntiaverit, quod facere poteſt, *l.pen. C.de pact. Cujac.in d.l.& heredi* 21. *hoc tit. Borcholt. de pact. c.*2. *in tertia diviſ. n.*4. *diſſ.Jul.Pac.*

6 Utrum autem pactum in rem ſit, an in perſonam, non tam ex verbis, quam ex mente paciſcentium æſtimandum eſt: adeoque in dubio, quantumvis perſona adjecta ſit, in rem tamen eſſe præſumitur: quia plerumque perſona pacto inſeri ſolet, non ut pactum perſonale fiat, ſed duntaxat ut demonſtretur, cum quo pactum factum ſit, *l.*7. *§.pactorum* 8. *hoc tit.*

CAP. XIV.

Qui cum quibus paciſci poſſunt.

1 *Furioſi nullum omnino negotium gerere poſſunt.*
2 *Ratum habetur, quod geſtum ante furorem aut in furoris intermiſſione.*
3 *Mente captorum & ebriorum eadem, quæ furioſorum ratio.*
4 *Prodigi & furioſi diſſimilitudo.*
5 *Quibus rebus diſpar conditio prodigi & minoris* 25. *annis.*
6 *Ipſone jure prodigo bonis interdicatur, an decreto magiſtratus.*
7 *Quid per verba* ipſo jure *in* l.1. de cur.fur. *ſignificet Juriſconſultus.*
8 *In his, quæ animo & affectu geruntur, infans vix diſtat a furioſo.*
9 *Comparatio infantis & infantiæ proximi.*
10 *Comparatio infantiæ proximi & proximi pubertati.*
11 *Pupillum pubertati proximum ex conventione ſua naturaliter obligari; etiamſi locupletior factus non ſit.*
12 *Quo ſenſu noſtri dicant, pupillum ſine auctoritate tutoris contrahentem ne naturaliter quidem obligari.*
13 *Puberes minores* 25. *annis, curatorem habentes, ſine conſenſu ejus, jure civili non obligantur.*
14 *Confutatio ſententiæ contrariæ.*
15 *Exponitur* l.obligari 43. de obl.& act.
16 *Conſideratio auctoris circa* l.puberes 101. de verb.oblig.

PAciſci poſſunt omnes, qui conſentire & jure gentium ſe obligare poſſunt. Igitur & mutus *l.*4. *§.*1. *hoc tit.* & ſurdus *l.*48. *d.O.& A.* & deportatus,

portatus, *l. ſunt quidam 17. §. 1. de pœn. l. 15. de interdict. & releg.* & filiusfam. ut ſibi præjudicet, *l. & heredi 21. §. 3. & 4. l. in perſona 30. hoc tit.* & ſervus ex perſona ſua, ut naturaliter obligetur & obliget, *l. 14. de oblig. & act.* Removentur autem hinc furioſi, mente capti, ebrii, infantes.

1 Furioſum nullum negotium gerere aut contrahere poſſe natura manifeſtum eſt, *l. 1. §. furioſus 12. de obl. & act. l. ſi a reo 70. §. 4. de fidejuſſ. l. 5. de reg. jur.* quia expers eſt voluntatis & mentis, *l. furioſ. 40. eod. tit. l. 2. C. de contr. emt.* eſt enim furor mentis ad omnia cæcitas, *Cic. 3. Tuſcul.* unde furioſus per omnia & in omnibus abſentis, quieſcentis, dormientis & ignorantis loco habetur, *l. 2. §. pen. de jur. codicill. l. ubi non voce 124. §. 1. de reg. jur. l. 1. §. 3. de acq. poſſ. l. 4. de divort. & repud.* quæ res etiam facit, ut nec accedente curatoris auctoritate ullum negotium recte gerat, *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim eſt, ut quid agi aut geri intelligatur, quam curator dici poſſit, quod agitur aut geritur, probare.

2 Enim vero ſi furioſus dilucida habeat intervalla, quod geſſit in intermiſſione furoris, id ratum habetur, nec ullum negotium antea recte geſtum furore poſtea interveniente perimitur, *§. 1. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt. l. 9. C. qui teſt. fac. & ibi DD.*

3 Quod de furioſo, *μαινομένῳ*, dicitur, id etiam pertinet ad mente captum, *ἀνόητον* ſeu dementem, qui furore non corripitur, ſed in quiete eſt: quoniam non alia ratione in furioſo obtinet, quam quia mente caret, nec intelligit, quod agit, *§. furioſus 8. Inſt. de inut. ſtipul.* Sed neque ebrius, i.e. qui vino gravis & ob id ſui eſt impos, hac in cauſa a furioſo ſeparandus. Nihil enim aliud eſt ebrietas, quam voluntaria inſania: nec minor eſt furore, ſed brevior, Senec. *epiſt. 83.* Platoni *1. de leg.* non ſolum ſenex bis puer, verum etiam ebrius. Prodigum quoque proceres noſtri furioſo comparare ſolent; quaſi non magis illius, quam hujus ulla voluntas ſit, *d. l. furioſi 40. de reg. jur. l. 1. de cur. furioſ.* Verum hæc ſimilitudo claudicat, & locum tantum habet, cum de prodigo obligando agitur, cum quid de bonis ſuis vult deminuere, alienare, &c. quibus caſibus furioſo aſſimilatur, quia in his exitum furioſi facit, *l. his qui 12. in fin. de tut. dat. ab his.*

4 In acquirendo autem diſſimilitudo eſt: quippe furioſus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem ſibi acquirat, aut ipſe obligatione liberetur; quia nec mentem nec voluntatem habet, *l. 1. §. furioſus 12. de obl. & act. l. 5. de reg. jur.* At prodigus paciſcendo, ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi acquirere poteſt; licet promittendo non obligetur, non magis, quam furioſus, *l. 4. de verb. obl.* Itaque cum non de alienando, actionem remittendo, de ſe obligando, aliove modo conditionem ſuam deteriorem faciendo agitur; ſed de acquirendo, de ſibi paciſcendo aut ſtipulando, aliave ratione conditionem ſuam meliorem faciendo, *l. 3. de nov.* hic prodigus non cum furioſo, ſed cum pupillo pubertati proximo comparandus eſt, *l. certi condictio 9. §. 7. de reb. cred.* aut cum pubere minore 25. annis curatorem habente, *l. 3. C. de in int. reſt. min.* quos con-

Digitized by Google

conſtat etiam inconſultis tutoribus aut curatoribus alios ſibi obligare poſſe, & conditionem ſuam quoquo modo facere meliorem, *pr. Inſt. de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Denique ut pupillus auctore tutore, pubes cum conſenſu curatoris omnia gerere poteſt, *l. 5. de reg. jur. §. pupillus 9. Inſt. de auct. tut.* ita & prodigus accedente curatoris conſenſu, *arg. d. l. certi condictio 9. § ſed & ſi 7. de reb. cred. d. l. 3. C. de in int. reſt. min. l. 5. §. 1. de acq. her.* ubi ſcriptum eſt, eum, cui bonis interdicitur, hereditatem ſibi delatam adire poſſe: nempe cum conſenſu curatoris, ut recte *Gloſſ.* & *DD.* in hoc enim diſtat a furioſo, quod ſolum ſignificare voluit Juriſconſultus.

5 Plane in eo quoque a pubere minore 25. annis diſtat prodigus, quod pubes & teſtamentum facere poteſt, & ad teſtamentum teſtis adhiberi, *l. 5. qui teſt. fac. §. 1. Inſt. de teſt. ord.* quorum neutrum conceſſum prodigo, *l. is cui lege 18. d. t. §. teſtes 6. Inſt. eod. §. 2. Inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Quæri vulgo ſolet, prodigusne intelligendus ſit, qui facto talis eſt, qualem deſcribit Ulpianus *l. 1. de cur. furioſ.* an vero decretum magiſtratus expectandum. Hoc eſt, an ipſo jure & lege 12. tabularum diſſolute & luxurioſe viventi bonorum adminiſtratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis eſſe ſententia magiſtratus declaratus eſt. Dicendum eſt eum, qui moribus talis eſt, qualis in *d. l. 1.* deſcribitur, re vera quidem & ethice prodigum eſſe (nam vitia & virtutes non pendent a ſententia & cognitione judicis, ſed propriam naturam & formam habent) ceterum quod rerum adminiſtrationem attinet neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea adminiſtratio cauſa cognita decreto magiſtratus ei ademta ſit: cujuſmodi decreti extat vetus formula apud Paulum *lib. 3. ſent. 4.* Nimirum bonorum adminiſtrationis ademtio ſive interdictio non juris, ſed juriſdictionis eſt, hoc eſt, nemini ſpeciatim bonorum adminiſtratione lex interdicit, ac ne poteſt quidem interdicere, ſed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magiſtratus, quos prodigos eſſe cauſa cognita conſtabit, cumque, cui publice bonis interdictum eſt, jubet eſſe in curatione agnatorum. Ulpian. *tit. 12. §. 2. fac. §. 2. Inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 6. de curat. fur.* qui tamen & lege bonis interdici dicitur, *l. is cui 18. qui teſt. fac. poſſ. l. 5. §. 1. de acq. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & a lege curatorem accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius *2. ſerm. 3.*

Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, & ad ſanos redeat tutela propinquos.

Furioſi alia ratio eſt: nam cum furor per ſe emineat, & vera ſit mentis ac voluntatis privatio, ut furioſo a magiſtratu bonis interdicatur, non requiritur. At vero an quis prodigus cenſeri debeat, ex multis & variis circumſtantiis æſtimandum eſt, de quibus magiſtratum cognoſcere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem ſui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, poteſtatem aliquam ſibi uſurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat.

7 Atqui, inquis, prodigus receptis ſanis moribus & cum frugalitate in

in gratiam reverſus deſiuit ipſo jure eſſe in curatione, *d.l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magiſtratus. Nimirum textus juris ita ſunt explicandi, ut ne certæ rationi, aut principiis aliarum diſciplinarum repugnent. Qui fieri poſſit, ut citra magiſtratus cognitionem & auctoritatem, is cui publice bonis interdictum eſt curatore dato, ſe liberet a curatione, & curator ipſi datus curam & adminiſtrationem rerum deponat? aut quis ſecure cum tali contrahere poterit? Neque enim aut ipſi prodigo, aut curatori ejus, aut aliis privatis hoc permitti debet, ut ſtatuant & judicent, an morum redierit ſanitas. Itaque dicam per verba *ipſo jure* in *d.l.* 1. non excludi ſententiam declaratoriam; ſed opponi quodammodo curam prodigi curæ minoris 25. annis, quæ certo & ſtatuto tempore, anno ſc. vigeſimoquinto, finitur, ſecus atque illa prodigi, quæ finitur mutatis in melius moribus, cujus rei cognitio magiſtratui competere debet, *Gail.* 2. *obſ.* 51. *Ant.Fab.Cod.ſuo forenſ.tit.de cur.fur.defin.7. Talden. Cod.eod.n.5. Chriſtin.vol.1.deciſ.*163. Noſtris moribus ſemper requiritur ſententia declaratoria, ejuſque publicatio, teſte *Grot.* 1. *manuduct.* 11. *add Jod.Dambowd. c.*8. *de tut. & cur. mun. n.*26.

8 Infans quoque ſeu ſeptennio minor, *l.*1.*§.*2.*de adm.tut. l.*14.*de ſponſal.l.*18. *C.de jur. delib.* in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioſo diſtat; utpote qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furioſus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere poteſt, nec contrahendo obligari, aut obligationem ſibi acquirere, *§.pupillus* 9. *Inſt.de inut. ſtip.* Illud tantum utilitatis cauſa receptum eſt, ut infans tutore auctore poſſit incipere poſſidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis eſt, quam juris, ſuppleatur auctoritate tutoris, *l.* 1. *§.*3. *l.*32.*§.ult. de acq. poſſ. l.*3. *C eod.*

9. De proximo infantiæ quoque dicitur, nullum eum habere intellectum, *d.§.pupillus*, nihil ſcire aut diſcernere, *l.*3. *de acq.her.* non intelligere, quod agitur, *l.*1. *§.huic proximus* 12. *de obl. & act.l.6.rem pup.ſalv.* actum rei non intelligere, *l.*5. *de reg.jur.* Ceterum cum in *d.§.pupillus*, aliiſque omnibus iſtis locis proditum ſit, eum qui infantiæ proximus eſt, & ſtipulari & promittere, & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere poſſe, quam eum, qui proximus ſit pubertati quantumvis id benigne receptum ſit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica ſalis accipienda erit; quod ille ſcilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, hic non omnino. Nam ſi nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere poſſet, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda eſſet, quam in infante. Denique non alia ratione receptum eſt, ut ſeptennio major idemque infantiæ proximus ſponſalia contrahere, item ſine tutoris auctoritate incipere poſſidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diſerte teſtantur Juriſconſulti in *l.in ſponſalibus* 14. *de ſponſal.l.*1.

§ 3.

Digitized by Google

§.3. de acq.poſſ. Igitur infantiæ proximi idem juris habent, quod proximi pubertati, nimirum ut paciſcendo, ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi prodeſſe & obligationem acquirere poſſint, & cum tutoris auctoritate omnia gerere.

10 Ceterum cum hoc illis benigniter præſtitum dicatur, *l.1. §.huic proximus 13. de obl. & act. l.9. de acq. her. l.6. rem pup. ſalv.* ſciendum eſt in aliis adhuc manere differentiam; veluti quod qui tam impubes eſt, ut adhuc infantiæ ſit proximus, ſeu adhuc conſiſtat intra annum decimum & dimidium, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax eſt proximus pubertati, *l.pupillum 111. de reg.jur. l.5. §.pen.ad leg. Aquil. l.3. §.1. de ſepulc.viol.l.impuberem 23.de furt.l.heredibus 13. §.1.de dol.* Et cum infantiæ proximus, quando remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane cauſa cum infante & furioſo, tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo, quæri intelligitur, cum quæritur, an non ſaltem pupillus ex conventione ſua vel contractu ſine tutoris auctoritate inito obligetur naturaliter. Videamus autem, quid de hac quæſtione ſtatuendum ſit.

11 Et poſito eo, quod pupillus pubertati proximus intelligere poteſt, quod agitur, naturaque velle & conſentire, conſequens eſt omnino, ut etiam ex conventione ſua naturaliter obligetur. At pupillum, quia ea ætate ſit, actum rei intelligere, ac proinde conſentire poſſe ſatis oſtendunt textus in *l.13.§.1. de dolo,l.pupillum 111.de reg jur.l.1. §.3.de acq.poſſ.§.pupillus 9.Inſt.de inut. ſtip.* in quibus hoc ſolo intuitu infantiæ proximus ſeparatur a proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat, ille doli expers ſit, hic capax. Quod vero de impuberibus omnibus pronuntiatur, nullum eſſe eorum animi judicium, *§.1.Inſt.quib. non eſt perm. fac. teſt.* id quidem recte dicitur etiam de pubertati proximis: ſed in re, de qua illic agitur, ſcilicet de diſpoſitione teſtamentaria; in qua merito majus & ſolidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere poſſe creditur. Sed & nonnullis locis expreſſe traditum eſt, pupillum (intellige ſemper pubertati proximum) ſine tutoris auctoritate contrahentem, naturaliter obligari, *l.cum illud 25. §.1. quando dies leg.l.ſi pupillus 21.ad leg.Falc.l.Stichum 95. §.2. de ſolut.l.in numerationibus 44. eod. l.ſi ejus 64. ad ſen. Treb.* Idem quoque arguunt effecta huic obligationi jure civili tributa; veluti quod fidejuſſor acceptus pro eo, quod pupillus promiſit, teneatur, *l.ſi pupillus 127.de verb. obl.* quod præcedens obligatio pupillo eam in ſe ſuſcipiente citra tutoris auctoritatem novetur, *l.1.in fin. de novat.* Unde etiam corruit diſtinctio eorum, qui eo demum caſu pupillum ſine tutore naturaliter ex conventione obligari ſtatuunt, cum locupletior factus eſt. Nemo enim ex ſola promiſſione ſua aut ſuſceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Hoc quidem intereſt, quod locupletior factus ne quidem ante Divum Pium ſolutum condicere potuit, *l.naturaliter 13.§.1.& l.ſeq.de condict.ind.* Puto etiam hoc

ca-

Digitized by Google

caſu compenſationem pati debuiſſe. At divus Pius etiam actionem in eum dedit, in quantum locupletior factus eſt, *l.5.pr.& §.1. de auct.tut.* ex quo tempore efficax & civilis quoque eſſe cœpit hæc pupilli obligatio. Quando autem locupletior factus non eſt, tunc & ſolutum repeti poteſt, & compenſationi locus non eſt, *d.l.13.§.1.l.quod pupillus 41.de cond.ind.* non quod nulla vere hic ſubſit obligatio: ſed quod perſonæ pupilli hoc tributum, ne obligatio ei noceat.

12 Plane quoniam obligationis naturalis, quæ ex conventione oritur, effectus præcipuus conſiſtit in jure compenſandi & ſoluti retinendi, *l.6. de compenſ. l.10. de obl. & act.* obligatio autem pupilli hunc effectum non habet, niſi quatenus locupletior factus eſt, inde fit, ut de pupillo ſine tutoris auctoritate contrahente ſic aliquando Juriſconſulti loquantur, quaſi ne natura quidem iſto modo obligaretur, *d.l.41.de cond.ind. l.pupillus 59.de obl. & act.* habita inquam ratione perſonæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem conſenſus obligationi vis omnis detracta eſt, quatenus ipſi nocere poſſit: non autem conſiderata conditione obligationis, tanquam nulla omnino ſubeſſet: alioqui ne acceſſiones quidem admitteret, aliisve nocere aut prodeſſe poſſet. Multo magis ex conventione & promiſſione ſua jure naturæ obligantur puberes minores 25. annis: quippe qui ſi curatorem non habent, etiam jure civili ex contractu obligantur, ita ut læſis neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, *l.3. C.de in int.reſt.min.*

13 Quod ſi curatorem habeant, conſenſum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio naſcitur, *d.l.3.* ubi minores curatorem habentes in negotiis contrahendis eodem jure cenſentur cum iis, quibus bonis interdictum eſt, quos conſtat jure civili ſine curatorum conſenſu non obligari, *l.6. de verb.obl.*

14 Ac proinde admittenda non eſt ſententia Cujacii ad *l.puberes 101. de verb.obl. Vult. diſc.16. Fachin.3. contr.9. Bronch.1. aſſ.33.* diſtinguentium inter alienationem & obligationem, quaſi alienare quidem res ſuas minor ſine curatore non poſſit; obligare autem ſe poſſit ad alienandum. Hæc enim diſtinctio & verbis *d.l.3. C.de in int. reſt. min.* manifeſte refellitur; & ratio, qua Imperatores utuntur, perſpicue probat, quod de una ſpecie dicitur, ad alteram quoque pertinere. Loquuntur de venditione, de contractu; non de alienatione, quæ demum fit, cum ex contractus cauſa res traditur, *l.traditionibus 20. C. de pact. §.3. Inſt.de emt. & vend.* quanquam & ſi de ſola alienatione loquerentur, tamen id quod de ea decretur, etiam ad contractus & obligationem minoris referendum eſſet, ut mox demonſtrabitur. Ajunt ideo minoris contractum non eſſe ſervandum, quia minor curatorem habens ſimilis ſit ei, cui bonis interdictum eſt. Quod ſi hanc ob cauſam minor ſine curatore alienare non poteſt, quia eodem jure, quo prodigus cenſetur: ob eandem cauſam nec ſine curatore poterit obligari, *l.6. de verb. obl.* Quid quod hoc ipſo quod minoribus denegatur rerum ſuarum adminiſtratio, *l.1. in fin.de minor.* non minus jus ſeſe obligan-

L di

Digitized by Google

di ſine curatore, quam res ſuas alienandi ademtum intelligi oportet. Hæc enim duo ſe mutuo ponunt & tollunt, ita ut divelli nequeant. Qui jus habet perſonam ſuam obligandi ad rem alienandam, ille quoque jus alienandi habet, & contra. Item cui alienandi jus non eſt, ei nec obligandi, & contra, argumento eſt ipſa obligationis definitio, *pr. Inſt. de oblig. l. 3. de obl. & act.* Nam ſi obligationis civilis hæc vis eſt, ut actionem producat, & neceſſitate ſolvendi debitorem adſtringat; utique cum eo, qui ita obligatus eſt, etiam judicio agi poterit, & res debita ab eo exigi, atque ille conſequenter recte quoque eam præſtabit, & ad creditorem transferet, cum etiam ad id cogi poſſit. Itaque male nonnulli ſic colligunt: curatori rerum puberis & negotiorum adminiſtratio commiſſa eſt, non perſonæ, *l. ſciendum 20. de rit. nupt.* proinde de perſona ſua promittere pubes poteſt ſine curatore ſuo. Imo contra ſic colligi debuit; curatori negotiorum impuberis adminiſtratio commiſſa eſt, ergo & rerum contrahendarum & obligationis puberis: nam in re contrahenda negotium geritur, *l. 7. pr. §. 1. &c. de minorib.* Neque obligationis ſummus finis hic eſt, ut perſonam nobis obligatam habeamus; ſed ut id, quod in obligationem deductum eſt, conſequamur, *l. 3. de obl. & act. l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de verb. obl.* Denique vel ex eo ipſo, quod in *d. l. ſciendum de rit. nupt.* Juriſconſultus ait, utrum puella nubat, nec ne, ad officium curatoris non pertinere, quia id non ſit ex adminiſtratione negotiorum, in qua officium curatoris conſiſtit, ſatis intelligimus nuptiarum hoc eſſe proprium, eoque ad alias obligationes transferri non debere. Nam in nuptiis contrahendis non agitur de rebus extra perſonam poſitis, de dando aliquo aut præſtando, ſed de mera & ſola conjunctione perſonarum. Ceterarum autem rerum obligationes ad conjunctionem perſonarum non pertinent, ſed ad dandum vel faciendum, id eſt, ad minuendum debitori & creditori augendum patrimonium. At ita futurum eſt, inquis, ut inter pupillum & adultum curatorem habentem non multum interſit. Quid tum poſtea? *ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλάττουσιν οἱ Κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων*, teſte Modeſtino in *l. εἰδέναι χρὴ 13. pr. de excuſ.* id eſt, *valde pauca ſunt ea, in quibus diſtant curatores a tutoribus*, & alias nullum eſſet diſcrimen inter habentem curatorem & non habentem: cum tamen tam notabile afferatur in *d. l. 3. C. de in int. reſt. min.*

15 Confirmat, non evertit hanc ſententiam locus Pauli in *l. obligari 43. de obl. & act.* ubi ſic ſcribit: *Obligari poteſt paterfam. ſuæ poteſtatis pubes.* His enim verbis, *ſuæ poteſtatis pubes*, ſignificatur is pubes, qui nec in curatione ſit, removenturque puberes curatorem habentes, & ii, quibus bonis interdictum eſt: alioqui ſuperfluo verba illa adjicerentur, cum nullus ſit paterfamilias, qui non ſit ſuæ poteſtatis ſuive juris, ſi verba iſta accipiantur in ſenſu vulgari, ut in *titt. Inſt. & D. de his qui ſui vel al. jur.* Sic & Ulpianus in *l. 2. §. 1. de pollicit.* ait, voto obligari patresfam. puberes ſui juris, *ſui juris*, id eſt, ſuæ curæ, qui nec ſint in poteſtate adminiſtratoria curatoris: quomodo & Cujacius ipſe hoc explicat 21. *obſ. 23.*

16 At

Digitized by Google

16 At mihi plane perſuadeo, neque Cujacium, neque quenquam alium ab hac ſententia, ceteris fere interpretibus probata, receſſurum fuiſſe, niſi eos moviſſet reſponſum Modeſtini in *l.puberes* 101. *de verb.obl.* Verba Modeſtini ſunt: *Puberes ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſunt*. Si ex hoc uno loco res decidenda eſſet, protinus ſubſcriberem ſententiæ Cujacii: ſed quoniam ex profeſſo in contrariam ſententiam ſcripta eſt *d.l.*3.*C.de in int. reſt.min.* & quidem ita, ut in aliam trahi nequeat (omitto nunc rationes & alios locos ſupra adductos) danda potius opera, ut verbis *d.l.*101. ea aptetur interpretatio, qua fiat, ut ne illa *d.l.*3. repugnet. Et dictio quidem illa relativa & reciproca *ſuis* non patitur, ut verba Modeſtini ſic interpretemur, *puberes, qui ſunt ſine curatoribus*, &c. nec argumentum aut titulus, ut ea reſtringamus ad nuptias aut ſponſalia. At hæc interpretatio colorem habet; *Puberes ſine curatoribus ſuis*, &c. id eſt, abſentibus curatoribus, quos habent, contrahentes; puberes alibi verſantes ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſunt; non utique ſine illorum conſenſu, ſed præſentia: ut intelligamus hoc inter impuberes pubereſque intereſſe, quod tutor in ipſo negotio præſens eſſe & ſtatim auctor fieri debeat, *l.*9. *§.pen. de auct.tut.* curatoris autem conſenſus etiam poſtea interveniens, atque ejus etiam, qui præſens non fuit, ſufficiat. Nec video quid ſpecioſius afferri poſſit ad evitandam legum pugnam, niſi putamus Modeſtinum ita ſcripſiſſe: Ἔφηβοι οἱ ἄνευ κυρατόρων, &c. id eſt, *puberes ſine curatoribus conſtituti*, ut Impp. in *d.l.*3. quod male converſum ſit. Sane pleraque Modeſtini de tutoribus & curatoribus Græco ſermone ſcripta eſſe conſtat ex *titt.De confirm. tut. Qui pet.tut. De tut. dat. De excuſ. tut.* Conſuli interim poterunt *DD. in d.l.*3. *&* *d.l.*101. *Robert.* 1.*animad.*12. *Gœdd.tract.de contr.& comm.ſtip. c.*7. *Lyclam.*7. *membr.*15. *Tim.Fab. anniverſ. diſp.*9. Porro paciſci cum omnibus poſſumus, quibuſcum juris gentium communio eſt. Ergo & cum ſervis, cum deportatis, aliiſque peregrinis, cum hæreticis, cum hoſtibus, quibus omnibus fides data jure gentium ſervanda eſt, *l.nam & Servius* 21.*de neg.geſt. l.bona fides* 31. *depoſ.* de quo luculentius *ſup. c.*2. *&* 3.

CAP. XV.

An quis pactione ſua alteri nocere, aut prodeſſe queat?

1 *Quibus caſibus pactum reale ſervi aut filiifam. dom. aut patri noceat.*
2 *Quando pactum perſonale filii, ne ipſe petat, utile.*
3 *Quibus caſibus pactum procuratoris, ne dominus petat, domino noceat.*
4 *Quando tutoris, curatoris, &c. pupillo, minori, &c. noceat.*
5 *Cur pactio emtoris hereditatis & debitoris hereditarii noceat venditori hereditatis.*

L 2 6 Pa-

6 *Pactum ſervi & filii ne a domino aut patre petatur, prodeſt domino & patri.*
7 *Quid juris, ſi filiusfam. aut ſervus pacti, ne a ſe peteretur.*
8 *Quid ſi pater pactus, ne a filio petatur.*
9 *Pactum procuratoris negotiorum domino prodeſt ad exceptionem doli.*
10 *Ejus, qui plane extraneus eſt, pactum nobis non prodeſſe.*
11 *Contemplatio auctoris circa* l.3. C. de don. quæ ſub mod.
12 *Quantum vi & effectu differunt prohibitio alienationis teſtamentaria & conventionalis.*

Nemo pactione ſua alteri nocere poteſt, ne ei quidem, cujus eſt in poteſtate, *l.ſi tibi* 17. *§.pen. l.ſi unus* 27. *§.4. verſ.ante omnia, l.contra juris* 28. *§.2. l.ult. hoc tit.*

1 Ceterum pactum a ſervo aut filiofam. in rem factum, ne pecunia petatur, domino aut patri interdum nocet, videlicet ſi de re peculiari, cujus liberam habent adminiſtrationem, non donationis cauſa, ſed tranſactionis, aliave ſimili, quæ non excedit fines adminiſtrationis, factum ſit, *d.l.contra juris, §.2. hoc tit.* Quin etiam pactum de re dominica aliquando utile eſt, veluti ſi ſervus dominicam pecuniam credens pactus ſit, ne ea ante certum tempus petatur, *l.ſin autem* 29. *eod.* Quod ſi ſervus aut filius pacti ſint, ne ipſi peterent, inutile eſt pactum, *d.l.contra juris, §.2. eod.* Nam cum neque ſervus, neque filiusfam. regulariter petere ſeu agere poſſit, *l.filiusfam.9. de obl.& act.l.6.C.de judic.* pacta de non petendo fruſtra in eorum perſonam concipiuntur.

2 Quibuſdam tamen caſibus in perſona filiifam. id aliter ſe habet; veluti ſi paciſcatur, ne injuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ jure ſingulari filiofam. competunt, *d.l.filiusfam.de obl. & act.* quod & Cajus ſignificat in *l.in perſona* 30.*hoc tit.* Item cum pactum a filiofam. confertur in id tempus, quo ſui juris effectus agere poterit, *l.& hered.*21. *§.3.*

3 Sed nec pactum a procuratore factum, ne dominus petat, nocet domino, præterquam tribus in caſibus: quorum primus eſt, ſi dominus procuratori ſuo mandavit, ut paciſceretur: alter, ſi ſit procurator omnium rerum, totorum ſeu univerſorum bonorum, *l.nam & nocere* 12. *eod.* quibus verbis veteres compendio ſermonis ſignificant eum, cui plena liberaque rerum adminiſtratio conceſſa eſt, *l.procurator cui* 58. *l.procurator totorum*63.*de procur. l.jusjurandum* 17. *§.ult. de jurejur. Vand.*1. *quæſt.*47. *Duar. ad l.*1. *§.per procuratorem* 20.*de acq.poſſ.* Atque hujus procuratoris tam ampla poteſtas eſt, ut exigere, novare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere poſſit, quæcunque ad adminiſtrationem magis, quam ad profuſionem diſſipationemve patrimonii pertinent. Nam donationis cauſa paciſci non poteſt, ac ne eas quidem res vendere, quas diligens attentuſque paterfamilias diſtrahere non ſolet, *d.l.contra juris* 28. *§.2. hoc tit. d.l.*63. *de*

de procur. l.ſi conſenſit, §.1. *quib.mod.pign.ſolv.* Tertius caſus eſt, cum quis procurator in rem ſuam conſtituitur, id eſt, cum ei actio creditur; quia hic, ut ait Paulus, domini loco habetur, *l.ſed ſi* 13. §.1. *hoc tit.*

4 Similiter nec pactum tutoris aut curatoris donationis cauſa factum pupillo aut adulto nocet, *l.pactum* 22. *C.eod.* nocet autem ſi factum ſit de re dubia tranſactionis cauſa, *l.interdum* 56.§.*pen.de furt.* per *l.tutor.*35.*pr. de jurejur.* Curator quoque ſive adminiſtrator reipub. aut civitatis paciſcendo non magis reipub. aut civitati, quam tutor pupillo, nocere poteſt, *l.Imperatores* 37. *hoc tit. l.præſes* 12.*C.de tranſact.* eademque cauſa eſt ejus, qui ſocietatis vel univerſitatis magiſter dicitur, *l.item magiſtri* 14. *hoc tit. l.actor* 9. *rat. rem hab.* atque ita accipiendum quod Ulpianus *d.l.*14. magiſtri pactum & prodeſſe & obeſſe.

5 Pactio facta inter emtorem hereditatis & debitorem hereditarium nocet venditori, *l.ſi cum* 16. *hoc tit.* nec mirum, cum totum commodum ad emtorem pertineat, qui etiam utiles actiones proprio nomine habet ex conſtitutione Divi Pii, *d.l.*16. Facilius admittendum fuit, ut quis pactione ſua alteri poſſit prodeſſe: quod & ipſum tamen regulariter receptum non eſt, *l.ſi tibi* 17. §.4. *l.ſi cum* 36. *l.tale pactum* 40. §.*ult. hoc tit. l.ſtipulatio* 38. §.*alteri* 17.*de verb. oblig.* Pactum filii aut ſervi, ne a patre aut domino petatur, utile eſt, prodeſtque patri & domino, *d.l.ſi tibi in fin.cum* 2.*ll.ſeqq. eod.* quoniam per eas perſonas, quæ in poteſtate noſtra ſunt, melior conditio noſtra fieri poteſt, etſi deterior fieri non poteſt, *l.melior* 133. *de reg. jur. l.*3. *l.filius* 23. *C.hoc tit.* Idemque dicendum & de eo ſervo, in quo uſumfructum habemus, aut qui nobis bona fide ſervit, *l.ſi debitor* 55. *eod.* Si filiusfam. pactum fecerit, ne a ſe petatur, proderit ei, *l.acquirent* 19. §.1. *eod.* Nam ex omni cauſa filiusfam. conveniri poteſt, ſicut paterfam. *l.filiusfam.*39. *de obl. & act.* ac tametſi pactum iſtud perſonale ſit, nihilominus tamen & patri proderit, ſi nomine filii conveniatur; utique quamdiu filius vivit: morte enim filii extinguitur, quia perſonale eſt. Quod ſi ſervus, ne a ſe peteretur, pactus ſit, nihil valebit pactum; quia ab eo peti non poteſt, *l.cum ſervo* 107. *de reg. jur.* At enim ſi in rem paciſcatur, proderit domino pacti conventi exceptio. Si vero in perſonam pactum conceptum fuerit, dabitur domino hoc caſu exceptio doli ſubſidiaria, *l.& heredi* 21. §.1. *hoc tit.*

6 Pactum a patre factum ne a filio petatur, filio non prodeſt, etiamſi poſtea heres filius extiterit, *l.ſi tibi* 17. §.4. *eod.* quod tamen cum Cujacio ſic accipio, hactenus non prodeſſe, ut filius pacti exceptione directa utatur: nam doli exceptio non videtur ei deneganda, *arg. d.l.& her.* §.2. *hoc tit.* & ita quoque *Zaſ. in d.l.ſi tibi*, §.*cum poſſeſſor*, *n.*7. & *Pac.in* §.4.*eod.* Sed ſi pater paciſcatur filio, ut heredi futuro, quod facere intelligitur, cum ſuper ea obligatione paciſcitur, ex qua non poteſt filius, niſi ut heres, conveniri, exceptio pacti filio danda eſt: nam heredi conſuli conceſſum eſt: & nihil prohibet uni ex heredibus providere; ceteris autem non

con-

conſuli, auctore Celſo in *l.avus* 33. *hoc tit.* quod & Pomponius probat, *l.*10. *de pact. dotal.* Huic tamen ſententiæ obloqui videtur Julianus *l.eum qui* 56. §.1. *de verb. oblig.* ubi ait, ſi quis promiſerit ſe & Titium heredem ſuum daturum, nihilominus ceteros quoque heredes teneri, quamvis conveniſſe videatur, ne a ceteris peteretur. Nolo hic examinare varias reſponſiones cum veterum, tum recentiorum interpretum in *d.l.*33.*&* *d.l.*56.§.1. ſed quid mihi ad *d.l.*56. §.1. reſpondendum videatur, breviter exponam. Ajo igitur Julianum illic principaliter agere de conſtituenda obligatione in unum ex heredibus, quod fieri propter legem 12. tabb. non poteſt: utpote ex qua obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes competit pro portionibus hereditariis, *l.*2. *C.de her.act.l.*6. *C.fam. erc.* Et quamvis, ſi verba ſtipulationis ſpectamus, in qua ſolius Titii mentio facta, poſſit videri tacite conveniſſe, ne ab aliis heredibus, ſed a ſolo Titio peteretur; tamen taciti hujus,& tantum non imaginarii pacti rationem non habendam, propterea quod veriſimile non eſt eam fuiſſe mentem ſtipulatoris decem ſibi dari ſtipulantis, ut a ſolo Titio eam ſummam peteret,a ceteris nihil peteret, atque ita integra decem non poſſet conſequi. Certum enim eſt, Titium ultra portionem hereditariam obligari non potuiſſe, & vel ideo, quia heres ultra eam portionem habetur pro extraneo, *l.*14. *C.de rei vind.l.pen. C.de her.act.* Atque hinc eſt, quod Julianus ait, Titii perſonam ſupervacue comprehenſam eſſe. Ex converſo quoque qui ſtipulatur ſibi & Titio heredi ſuo dari, omnibus heredibus ſuis obligationem acquirit propter eandem legem 12. tabb. ex qua etiam obligatio a defuncto cœpta heredibus omnibus pro hereditaria cujusque parte acquiritur; quod cum procul dubio cum effectu accipiendum ſit, conſequens omnino eſt, neminem partem ſuam petentem exceptione ſummoveri poſſe,contra quam exiſtimat Accurſius in *d.l.*33.*h.t.* At vero apud Celſum *d.l.*33. non agitur de uno ex heredibus obligando, neque de obligatione uni acquirenda; ſed de uno per pactionem liberando, eique ita conſulendo, ut huic ſoli exceptio proſit, ceteris non item. Hoc autem etſi tacita pactione non efficitur, expreſſa tamen effici poteſt. Tutoris quoque & curatoris pactum prodeſt pupillo, adulto, furioſo & prodigo, *l.tutoris* 15. *l.contra* 28. §.1.*eod. l.curatoris* 22. *C.eod.* quia etſi perſonæ extraneæ ſunt, tamen ob hoc ipſum rebus noſtris adminiſtrandis ſunt præpoſiti, ut faciant conditionem noſtram meliorem. Sed & pactum procuratoris negotiorum domino prodeſt, quanquam non ad exceptionem pacti, ſed ad exceptionem doli, quæ exceptionis pacti plerumque ſubſidium eſt, *l.reſcriptum* 10. *§.ult.eod.* Quippe exceptio doli non tam ex facto procuratoris nobis naſcitur, quam ex dolo creditoris noſtri; quem certum eſt dolo facere, ſi id petat, quod procuratori noſtro, id eſt, pene alteri domino, & quidem noſtro nomine remiſerit, *l.*1.§.1. *&* 2. *de dol. mal. except.* Et generaliter quicunque ſtipulando nobis acquirere poſſunt, iidem & paciſcendo poſſunt conditionem noſtram facere meliorem, *l.per quos* 59. *hoc tit.*

10 At

10 At ſi quis plane extraneus eſt, qui nec in poteſtate noſtra ſit, nec rebus noſtris adminiſtrandis præſit, ejus pactum nobis non prodeſt, nec inde aut actio aut exceptio acquiritur extraneo, *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de verb. obl. l. 3. C. de inut. ſtipul. l. quo tutela 73. §. ult. de reg. jur.* quanquam interdum in ſubſidium exceptio doli datur, *l. idem in duobus 25. §. ult. & l. ſeq. hoc tit.* Illud ſingulare eſſe videtur in donatione, quod ex donatoris pacto acquiri poteſt actio tertio alicui extraneo contra donatarium, *per l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* cujus rei hanc eſſe rationem ſcribit *Covar. 1. var. reſol. c. 14.* quod id ſpeciale ſit in donatore liberalitatem exercente in donatarium, ut poſſit donator obligationem exigere in alicujus tertii favorem, obiter inſpici poteſt & *Ant. Fab. Cod. ſuo forenſ. ad d. tit. C. de donat. quæ ſub mod. defin. 2.*

11 Tentari tamen poteſt, in *d. l. 3. C. eod. tit.* occurrere ſpeciem fideicommiſſi in contractu conſtituti. Sane enim & in contractibus interdum fideicommiſſum conſtituitur, *l. Publia Mævia 26. pr. de poſ. l. ſi pecunia 77. de legat. 1.* Et ſic poſſum in traditione rei meæ paciſci, ne res alienetur, *l. ult. C. de pact. int. emt. & vendit. l. ult. C. de reb. al. non al. l. in traditionibus 48. hoc tit. l. 3. C. de cond. ob cauſ. dat.* cui non obſtat *l. pen. hoc tit.* quippe quæ ad eum caſum non pertinet, cum pactio interceſſit in traditione rei meæ, ſed inter duorum prædiorum dominos, quorum alter ab altero nihil accepit.

12 Atque hæc eſt prohibitio conventionalis, inter quam & prohibitionem teſtamentariam, ut id obiter addam, hoc intereſt, quod ex teſtamentaria prohibitione æque ac ex legali, ad revocandam rem alienatam actio in rem competit, *l. ult. §. 3. C. comm. de legat.* At ſi contra conventionale fideicommiſſum alienatio facta ſit, perſonalis duntaxat actio contra alienantem datur, *d. l. 3. C. de cond. ob cauſ. dat.* Quapropter quamvis in *d. l. ult. C. de reb. al. non alien.* prohibitio fiat alienationis rei non modo quæ in teſtamento, ſed etiam quæ in contractu alienari vetatur, ex eo tamen non oportet colligere eundem eſſe utriuſque prohibitionis effectum, ſed commodanda eſt vis ac poteſtas prohibitionis ad eum modum, quem ſpecies ſingulæ illic poſitæ pro natura ſua admittunt; quod & interpp. vulgo obſervant, *Brouch. cent. 1. aſſert. 36.*

CAP. XVI.

Quatenus pactum debitoris fidejuſſori, aut fidejuſſoris debitori proſit, & de pacto unius e duobus reis.

1 *An utilitas exceptionis fidejuſſori quæſita ex pactione rei, contraria rei pactione ei auferri queat.*

2 *Pa-*

2 *Pactum fidejuſſoris nec reo nec confidejuſſori prodeſt.*
3 *Juriſjurandi alia ratio, & quare.*
4 *Quid juris, ſi expreſſe convenit, ne a reo quoque petatur.*
5 *Pactum unius ex correis debendi ſociis alteri quoque prodeſſe: nec obſtare* l.3. §.3. de lib.legat.
6 *Si ſocii non ſunt, non prodeſſe.*
7 *Species* l.2. C.de duob. reis.
8 *Quid ſi uni ex correis debendi reddita cautio, & ita tacite pacto inducia?*
9 *Pactum unius e duobus reis credendi ſociis ita alteri non nocere, ut neque proſit.*
10 *Explicatio* l.ſi duo 34.de recept.arbitr.
11 *Si rei credendi ſocii non ſint, pactum unius alteri nullo obeſſe modo.*

PActum debitoris in rem conceptum fidejuſſori quoque prodeſſe conſtat, non tam propter vicinitatem obligationis, quam ob regulam traditam *l.& heredi* 21. *§.ult.hoc tit.*ut jam intelleximus. Perſonale autem pactum debitoris diximus fidejuſſori non prodeſſe (utique jure veteri) *l.niſi hoc* 22.*eod.* Atqui, inquis, etiam hic intereſt rei, ne a fidejuſſore petatur. Sed id in propoſito conſiderari non debet: quippe ubi reus expreſſe pactum ad ſuam perſonam reſtrinxit, creditori, qui aliter pactus non fuiſſet, non poterit objici exceptio a fidejuſſore, aut ſi objiciatur, replicatione elidetur. Quid ſi ſimpliciter ſine particula taxativa pactus ſit debitor ne a ſe petatur? Puto hoc pactum etiam fidejuſſori profuturum & omnibus, quorum principaliter & pecuniarie intereſt, ne ab aliis petatur,*arg.l.ſi tibi* 17. *§.propen. hoc tit.* Procedit igitur *d.l.niſi hoc* 22. in pacto, ut loquitur Bartolus, perſonaliſſimo, quando pacto eſt inſerta dictio taxativa; veluti ſi convenit, ut a reo duntaxat non petatur. Poteſt autem & ſine perſona ſua reus paciſci, ne a fidejuſſore petatur, ut pactum ſit efficax, *l.ſi unus* 27. *§.eod.*

1 Quæſtionis eſt, an utilitas exceptionis ſemel fidejuſſori quæſitæ ex pactione debitoris ei iterum contraria debitoris pactione auferri queat. Et Furius Anthianus reſpondit, non poſſe, *l.ult.hoc tit.* cui obſtare videtur *l.ſi unus* 27. *§.2. verſ.eadem ratione eod.* ubi Paulus ait, prius pactum eadem ratione fidejuſſoribus non prodeſſe,qua prius non prodeſt debitori, qui poſtea pactus eſt, ut petere liceret. Sed non ſunt hæc contraria. Nam hoc tantum ſignificat Paulus, ut pactum de non petendo debitori factum poſteriore debitoris pacto de petendo tollitur, non ipſo jure, ſed ope replicationis; ita & pactum factum debitori vel fidejuſſori pacto contrario ipſius fidejuſſoris per replicationem elidi, ut noceat fidejuſſori. Longe autem diverſum eſt, quod Anthianus definit,exceptionem fidejuſſori vel ſua vel debitoris pactione ſemel quæſitam, ipſi invito extorqueri non poſſe, *Pac.*1. *cent.*98.

2 Ex

2 Ex converſo pactum fidejuſſoris reo non prodeſt, quoniam ut proſit reo, nihil intereſt fidejuſſoris; quippe in quem reus, ſi ſolverit, nullam actionem habiturus ſit: ac proinde etſi fidejuſſor ſimpliciter pactus ſit, ne pecunia petatur, nihilomagis id proderit reo, *l. fidejuſſoris 23. hoc tit.* eademque ratione nec confidejuſſori hujuſmodi pacta proderunt, *d. l. 23.*

3 Jurisjurandi alia ratio eſt: id enim ſolutionis loco cedit, *l. jusjurandum 27. & l. ſeq. §. 1. de jurejur.* dummodo de ipſo contractu & de re juratum ſit: quoniam tunc perinde habetur, quaſi nihil debeatur, *l. in duobus 28. §. 1. d. tit.* Pactum autem non facit, ut ne quis debeat, ſed ut defendatur exceptione.

4 Ceterum ſi expreſſe convenit, ne a reo quoque petatur, placet tale fidejuſſoris pactum etiam reo proficere, *l. idem in duobus 25. §. ult. & l. ſeq. hoc tit.* quo tamen caſu debitori non exceptio pacti, ſed doli exceptio datur, *d. l. 15. §. ult.* nimirum ex æquo & bono: eſt enim exceptio doli ſubſidiaria illius, quæ alias ex pacto competeret, ut ſupra quoque monuimus, *l. reſcriptum 10. §. 2. eod.* Placet autem hoc caſu etiam reo exceptionem dari propter συμπλοκὴν, ſeu connexum obligationum, quia reus & fidejuſſor unum & idem debent. Idem eſt & in confidejuſſoribus. Excipitur & his caſus, ſi fidejuſſor quis ſit in rem ſuam: quoniam hic reus potius eſt, quam fidejuſſor, & is pro quo fidem interpoſuit, fidejuſſor verius, quam reus, *l. ſed ſi 24. eod.*

5 Si unus ex correis debendi, qui & ſocii ſint, pactus ſit, ne a ſe petatur, quin id pactum ceteris quoque proſit, vix ambigitur, propter regulam *l. & heredi 21. §. ult. hoc tit.* Nam hic quoque paciſcentis pecuniariter intereſt, a ſocio promittendi reo non exigi, quia ſi ſolvat, id alteri judicio ſocietatis reputabitur. Obſtare tamen videtur, quod Julianum reſpondiſſe Ulpianus *l. 3. §. 3. de liber. legat.* refert, ſi uni ex correis ſociis liberatio legata ſit, non pacto, ſed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, ille inquietetur: quibus verbis non obſcure ſignificat, pactum unius rei debendi alteri non prodeſſe, licet ſocii ſint. Sed recte reſpondet Bachovius Juriſconſultum in ſpecie illic propoſita liberationem fieri voluiſſe per eum modum, quo penitus & ipſo jure obligatio perimitur, ut in omnem eventum legatario proſpectum ſit; cum alioqui actione ipſo jure non ſublata fieri poſſit & aliquando contingere, ut actione adverſus alterum inſtituta ipſe inquietetur.

6 Quid ſi ſocii non ſint? pactum unius alteri non prodeſſe probatur ex *l. idem 25. hoc tit.* quæ lex conjungenda eſt cum *l. fidejuſſoris 23. eod.* ut inſcriptio & res ipſa indicat. Ceſſat quoque hic regula *d. l. 21. §. ult. eod.* quia non intereſt paciſcentis a correo, qui ſocius non ſit, non peti. Et huc in primis facit *d. l. 3. §. 3. de lib. legat.* ubi Juriſconſultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata, agendo quidem conſequi poſſe, ut pacto liberetur; ſed non ut per acceptilationem, ne alteri liberatio proſit.

7 Plerique tamen credunt huic ſententiæ contrarium eſſe, quod re-

Digitized by Google

ſcriptum eſt *l.2. C. de duob.reis*, ſi unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exſolvat, quod ultra dimidiam ſuam ſolvit, poſſe repetere: quod ſic accipiunt, poſſe repetere etiam citra ceſſionem in correum actionis, videlicet ſubſidiaria actione negotiorum geſtorum: & ſecundum id ſæpe judicatum eſſe teſtantur *Ant. Fab. Cod. ſuo for. de duob. reis, defin.* 1. *Chriſtin. vol.*3. *decif.*114. *& vol.*4. *decif.*178. Ego vero puto *d.l.*2. commode accipi poſſe de correis ſociis, propterea quod pecunia ibi dicitur communiter mutuo accepta, *vid. eund. Fab.*11. *conject.*6. *& ſeqq. Perez. ad tit. C. de duob. reis n.*10. *& ſeq.* Plane ſi quis nominatim correo quoque ſuo paciſcatur, proderit ei pactum ad exceptionem doli, *arg. l.idem in duobus*, §.*ult. cum l.ſeq. hoc tit.*

8 Quid ſi tacite pactum inducatur ex chirographi redditione uni ex correis debendi facta? Non alii prodeſſe poſſe Alexander ad *l.*2. *hoc tit.* ſcripſit, quam ei cui redditum eſt. Tacitum enim pactum ex facto inducitur. Factum autem nullum intercedit creditoris niſi cum eo ex correis, cui chirographum redditur. Et potius redditio illa conjecturam inducit & probationem mandatarum ei adverſus correum actionum, *arg. l.*1. *C. de donat. l.Mævia* 49. *ſolut. matrim. l.ſervum filii* 44. §.*cum qui* 5. *de legat.*1. Ex quo apparet non poſſe correo ex ea cauſa quæri exceptionem pacti de non petendo; alioqui videretur creditor mandaſſe actionem inutilem; quippe quæ per exceptionem pacti elidi poſſet: idemque creditoris factum & actionem præberet, & ſimul exceptionem, qua hæc actio elideretur; quod eſt abſurdum. Fidejuſſorum alia ratio eſt. Quidni enim iis proſit exceptio pacti, cum non poſſit redditio inſtrumenti facere, ut adverſus eos ulla actio mandata videatur: namque reus principalis regreſſum habere non poteſt adverſus fidejuſſorem ſuum, cui ex contrario ipſe indemnitatem præſtare debet. Plane ſi in rem ſuam fidejuſſit, aliud dicendum eſt: nam hoc caſu nec pro fidejuſſore habetur, *l.ſed ſi* 24. *hoc tit. l.*8. §.1. *qui ſatiſd.cog. l.*5. *de liber.legat.* & ita judicatum refert *Ant.Fab. Cod.ſuo hoc tit. defin.*6. *vid.& ſup. c.*12. *n.*13.

9 Illud adhuc videndum, an pactum unius ex reis ſtipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, nempe ſi pactus ſit ſe non petiturum. Et hic iterum intereſſe putem, ſocii ſint, nec ne. Si ſocii ſunt, pactum unius alteri ita non nocebit, ut neque proſit: nam ſaltem pro parte obſtabit correo petenti exceptio, pro ea videlicet parte, quam ille ſocio reſtituere teneretur judicio ſocietatis: eam autem partem, quam ipſe conſequitur, communicare non tenetur ſocio, cujus pactione effectum, ne integrum conſequi potuerit. Et utut ſummi juris ratio efficere videtur, ut nullo modo unius pactum alteri obſit, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum ſingulorum perſona tota obligatio conſiſtit: æquitatis tamen ratio facit, ut agenti ſaltem obſtet exceptio pro parte.

10 Objicit huic ſententiæ *Ant.Faber l.ſi duo* 34. *de rec.arbitr.* Ex qua ita argumentatur. Si compromiſſum unius ex correis ſociis in totum alteri

ri nocet, ergo nocebit & pactum: at compromiſſum nocet, &c. *d.l.*34. Reſpondeo, falſum eſt aſſumtum: idque vel ex eadem *l.*34. liquere poteſt: non enim quæritur eo loco, an ſocius petere, quod promiſſum eſt, poſſit; ſed an petente eo ſtipulatio pœnalis interpoſita a ſocio, qui compromiſit, committatur; quod non obſcure affirmat Juriſconſultus. Unde facile intelligitur compromiſſum ſocio, qui non compromiſit, non nocere: quamvis & eo petente ſtipulatio pœnalis committatur adverſus eum ſcilicet, qui compromiſit.

11 Quod ſi correi credendi ſocii non ſint, pactio unius alteri non oberit ullo modo: quoniam talia pacta vim ſuam nunquam exerunt extra perſonas paciſcentium, *l. ſi unus* 27. *in fin. pr. junct.* §.4. *verſ. ante omnia, hoc tit.* Aliud eſt, ſi unus promiſſori acceptum tulerit, *l.*2. *de duob. reis*, aut novandi animo alium reum acceperit, *l. ſi rem* 31. §.1. *de novat.* aut jusjurandum detulerit, *l.*28. *de jurejur.* quia hæc omnia vicem ſolutionis obtinent. Sed & vim litis conteſtatæ jusjurandum habet, *l.*9. §.3. *de jurejur.* Petitione autem unius alterius jus conſumitur, *l.*2. *de duob. reis*, *l.*31. §.1. *de novat.* *l.*11. §. *ſic evenit* 21. *de legat.*3. Hæc nunc pro inſtituto ſufficiant: alio fortaſſis tempore & loco nonnulla opulentius.

CAP. XVII.

De pactis majoris partis creditorum.

1 *Pactio debitoris, licet facta cum majore parte creditorum, aliis creditoribus non nocet.*
2 *Excipitur caſus, de quo* l.7. §.ult. & 3. ll. ſeqq. hoc tit.
3 *Exceptionis hujus ratio.*
4 *Major pars creditorum non ex numero perſonarum, ſed ex modo debiti æſtimatur.*
5 *Creditores abſentes, recte & tempeſtive citatos, ſequi debere exemplum præſentium.*
6 *Non excipi in hoc negotio creditores privilegiarios.*
7 *Hypothecarios excipi, & qui fidejuſſorem habent, & quare.*
8 *Sententia Pauli in* l.ſi præcedente 58. §.1. mandat.
9 *Quid noſtris & Gallorum moribus.*

CReditores cum debitoribus ſuis obæratis, qui ſolvendo non ſunt, interdum paciſcuntur de parte aliqua debiti non petenda: & hæc quidem pacta certo jure nocent illis, qui pacti ſunt de certa portione remittenda: ſed an aliis creditoribus, qui forte noluerunt paciſci, noceat pactio majoris partis creditorum, ut nec ipſi poſſint totum petere, quæritur.

1 Dicendum eſt debitoris pactionem licet cum majore parte credito-

rum factam, ceteris non obeſſe, *l.debitorum* 25.*C.hoc tit.per l.non debet* 74. *de reg.jur. tot.tit. C.res int. al.act. l.ſolvendo* 39. *de neg. geſt.* item *arg. l.ult. C. qui bon.ced.poſſ.* ubi pars major creditorum minori quidem parti præjudicare poteſt in danda dilatione ſeu induciis ad ſolvendum ſecundum formam illius conſtitutionis: ceterum non idem ſtatuitur de remittenda parte debiti.

2 Quo pertinet ergo diſputatio Juriſconſultorum in *l.juris gentium* 7. *§.ult. & 3. ll. ſeqq. hoc tit.* de pactione majoris partis creditorum? nimirum ad caſum ſingularem; cum ſcilicet heres, qui vocatur ad hereditatem debitoris obærati, æs alienum metuens ita ſe inſtituit, ut nolit aliter hereditatem adire, quam ſi a creditoribus ſibi caverit, eos certa parte debiti contentos fore. Hoc caſu placet pacta majoris partis creditorum nomine omnium facta, non tantum nocere paciſcentibus, ſed etiam iis, qui pacti non ſunt, *d.l.7. §.ſi ante 17. junct. d. §.ult. eod.arg. l.quod major* 19. *ad municip.*

3 Atque hoc non ſine evidenti ratione æquitatis conſtitutum eſt, quoniam creditorum omnium, etiam eorum, qui pacti non ſunt, intereſt heredem adire hereditatem, ut ſaltem partem aliquam debiti ſalvam habeant, cum alias fieri poſſet, ut totum amitterent, aut de eo in dubium venirent, quia hereditate non adita neminem haberent, quem poſſent convenire, *§.2. in fin. Inſt.de leg.Falcid.* Hæc autem ratio ceſſat, ubi heres jam hereditatem adiit nulla pactione interpoſita: quoniam cum nunc ſit aliquis, qui conveniri poſſit, non debet aliorum, licet majoris partis, pactio obeſſe his, qui pacti non ſunt. Ita recte *Bart.Bald.Angel.Salic.Caſtr.in dd.ll.* Unus tamen caſus eſt, ubi etiam vivente adhuc debitore principali obærato pactum majoris partis creditorum nocet ceteris: nempe ubi debitor fugitivus eſt, nec poteſt commode conveniri. Tunc enim eadem hic ratio eſt, quæ allegata fuit in debitore defuncto, cujus heres recuſat adire hereditatem, Jaſon *in l.majorem* 8. *hoc tit.*

4 Porro in toto hoc negotio majorem partem æſtimari placuit ex modo debiti, non ex numero perſonarum, *d.l.8. l.ult. C.qui bon.ced.poſſ. l.ſi quis* 14. *depoſ. l.cum bona* 16. *de reb.auct. jud. poſſ.* Enimvero hæc ita in ſupradicta ſpecie procedunt, ſi major creditorum pars de remittenda aliqua debiti portione, non de toto remittendo inter ſe diſceptent, *Paul.Caſt. ad d.l.7. §.ult.hoc tit.*

5 Et quidem hic etiam abſentes creditores exemplum præſentium ſequi debebunt, inibiturque majoris partis computatio ex iis, qui præſentes ſunt, *l.reſcriptum* 10. *eod.* Ceterum non aliter hoc procedet, quam ſi recte & tempeſtive citati ſint abſentes, ut bene *DD.comm.* quamvis Angelus, Caſtrenſis & Pacius diſſentiant: qui licet fateantur tutius eſſe abſentes citari, tamen neceſſarium negant. Etenim cum hic partes ſuas prætor interponat, ejuſque decreto opus ſit, *d.l.7. §.ult. hoc tit.* ſpeciem judicati hæc res continet, ut iis, qui citati non ſunt, ea præjudicare non debeat, *arg.l.de*

uno-

Digitized by Google

unoquoque 47. *de re jud. l.etiamſi* 29. *§.ult.de minor. l.nam ita* 39. *de adopt.* Eoque jure utimur.

6 Quod autem major pars creditorum præſentium ita, ut diximus, ſtatuerit, nocebit aliis etiam abſentibus creditoribus, quantumvis privilegiariis, *d.l.reſcriptum* 10. *hoc tit.* nempe iis etiam, qui perſonale privilegium inter creditores chirographarios habent, ut in *l.qui in navem* 26. *l. quod quis* 34. *l.bonis* 38. §. 1. *de reb.auct. jud. poſſ. l.ſi ſponſa* 74. *de jur.dot.* Item fiſco, cum non hypothecam, ſed tantum privilegium exigendi perſonale habet, *d.l.reſcriptum*, *hoc tit.* veluti cum in privati locum fiſcus ſucceſſit, *l.fiſcus* 6. *de jur. fiſc.* Alias ex contractibus ſuis habet fiſcus hypothecam, ſicut & ex cauſa tributorum, *l.* 1. *l.*2. *in quib. cauſ.pign.tac.*

7 Hypothecariis vero creditoribus pactio creditorum chirographariorum non nocet, *d.l.reſcriptum, hoc tit.* cujus rei ratio perſpicua eſt: neque enim iis obeſſe debet aliorum pactio, qui jus hypothecæ habent, propriaque actione rem ſibi obligatam perſequi poſſunt. Sed neque nocere debet creditoribus qui fidejuſſorem vel mandatorem habent; quoniam his etiam ſatis proſpectum eſt, etſi heres non adierit hereditatem, cum habeant electionem, utrum debitorem, an fidejuſſorem convenire velint, *l.ſi præcedente* 58. §. 1. *mandat. add.Trentacinq. reſol. lib.*3. *ſub tit.de ſolut. c.*3. In dandis vero induciis, quia minus præjudicii vertitur, etiam hypothecarii creditores ſequi tenentur ſuffragium majoris creditorum partis, *l.ult. verſ. nulla quidem differentia, C.qui bon.ced.poſſ.*

8 Quod autem diximus etiam privilegiariis creditoribus pactionem majoris partis creditorum nocere ex Ulpiano in *d. l.reſcriptum*, *hoc tit.* ei obſtare videtur *d. l. ſi præcedente* 58. §. 1. *mand.* ubi Paulus ſcribit, per pactum majoris partis creditorum præſentium non auferri abſenti creditori pignus aut privilegium. Ceterum nulla eſt inter Ulpianum & Paulum pugna: neque enim Ulpianus hoc dicit, pactione majoris partis creditorum præſentium auferri abſentibus privilegiariis privilegium, ut putavit Cujacius, & Buſius; ſed ipſos etiam ſequi debere exemplum creditorum præſentium, & portione debiti eſſe contentos. At vero privilegium, quod inter actiones perſonales vertitur, non amittunt, & præferuntur nihilominus in portione debiti reliquis creditoribus chirographariis, ſi forte propter heredis inopiam ſuam ſinguli partem conſequi nequeant; quod ſæpe evenire poteſt: & hoc ſolum eſt, quod Paulus vult in *d.l.ſi præcedente*, §. 1. *mandat.* Nam comparatio illa pignoris & privilegii apud Paulum non abſolute, ſed κατά τι accipienda: nimirum ſicut pactione majoris partis non aufertur pignus creditoribus hypothecariis, ita nec privilegium auferri creditoribus privilegiariis. Illud vero diſcrimen adhuc manet, quod conventione illa nec in parte debiti præjudicetur creditoribus hypothecariis, privilegiariis autem præjudicetur, ut recte poſt Bartolum & alios veteres interpretes Baro & Coſtalius in *d.l.reſcriptum, Borcholt. de pact. c.*5. *n.*21. *& ſeqq. Pac. cent.* 1. *quæſt.*89.

9 Ho-

9 Hodie pactio majoris partis creditorum partem debiti remittentium diſſentientibus neutiquam obeſt *edict.Carol.* v. *edit.*19. *Maji* 1544. *art.*35. atque ita in Gallia quoque judicatum refert Autumnus *cenſur.Gall.ad l.*7. *§.ult. & l.*8. *ff.de pact.* Sed nec pactas cum majore parte creditorum inducias, ceteri creditores ſequi tenentur, niſi oblata cautione & judicis decreto interveniente, *d.art.*35. atque ita in ſupremo Hollandiæ ſenatu judicatum teſtatur Neoſtad. *deciſ.ſup. Cur.*53.

CAP. XVIII.

De quibus rebus paciſci poſſumus.

1 *Privatorum pactis jus publicum mutari non poſſe.*
2 *Non valere pacta, quæ contra juris regulas, ſeu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt.*
3 *Valeatne conventio vivo teſtatore facta, ne heres Falcidia utatur.*
4 *Interpretatio* l.pactum 46. hoc tit.
5 *Valere pactionem gratuitam de remittendo legato conditionali, quamvis repudiatio non valeat.*
6 *Moribus horum temporum etiam repudiationem eodem caſu valere.*
7 *De controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, etiam non inſpectis tabulis recte paciſcimur.*
8 *De alimentis teſtamento relictis gratis paciſci citra prætoris auctoritatem licere.*
9 *Pactum de quota litis cur improbatum.*
10 *An non ſaltem pactio, quæ per ſe non valet, vires accipiat a jurejurando,*

PAciſci poſſumus de re privata duntaxat & familiari, veluti ſi quis paciſcatur, ne judicati, incenſarum ædium, depoſiti, furti agat, ne operis novi nuntiationem exequatur, *l.juris gentium* 7. *§.ſi paciſcar* 13. *&* 2.*ſeqq. hoc tit.* ne debitorem ultra quam quatenus facere poſſit, conveniat, *l.ſi quis crediderit* 49. *eod.* ne ab herede hereditatem adituro totum petat, *d.l.*7. *§.ſi ante* 17. *eod.* ne legatorum ſibi relictorum nomine ſatiſdationem ab herede exigat, *l.pactum* 46. *eod.fac. l.*2.*C.ut in poſſ.legat.* ne utatur fori præſcriptione, *l.pen.C.eod.* Eadem ratione valet pactum, ut res depoſita ſit periculo ejus, apud quem deponitur, *l.*7. *§.ſed & ſi* 15. *eod. l.*1. *§.ſæpe evenit* 35. *depoſ. l.contractus* 23. *de reg. jur.* ne jumenti vitioſi aut morboſi venditor teneatur emtori actione redhibitoria, *l.*31.*hoc tit.* Licet enim id pactum fiat contra edictum ædilium, ad rem tamen paciſcentium privatam & familiarem tantum ſpectat, & renuntiationem continet beneficii emtori edicto ædilitio conceſſi.Item ſi fideicommiſſi onere invicem gra-

vati

vati ſint filii, poteſt præcaria hæc ſubſtitutio mutuo conſenſu remitti, *l.cum proponas* 16. *C.eod.* cui ſimile exemplum eſt, quod proponitur *l.*1. *C.eod.* cum quis ſpem fideicommiſſi conditionalis ſibi delati pacto remittit, & pro ea remiſſione quid viciſſim accipit. Ex eadem regula & illud eſt, quod ſi inter emtorem & venditorem convenerit, ut venditor de evictione non teneatur, pactio ſervanda ſit, *l.in emtionibus* 43.. *eod.* *l.*11. *§.ult. de act. emt.*

1 De iis vero rebus, quæ ad cauſam publicam pertinent, paciſci non poſſumus; puta ſi quis paciſcatur, ne operis novi nuntiationem, quæ reipub. cauſa facta eſt, exequatur, *l.*7. *§.ſi paciſcar* 14. *hoc tit.* nam jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt, *l.jus publicum* 38. *eod.* Et hoc eſt, quod generaliter definit Ulpianus *d.l.*7. *§.& generaliter*, quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportere: *a jure communi*, dictum videtur pro a jure ſingulorum & re cujuſque privata, *l.ſi unus* 27. *§.pacta* 4. *eod.* Et ideo ſi is, cui oppigneratur prædium, paciſcatur cum debitore, ne onus tributi prædii oppignerati agnoſcat, ſed ejus ſolvendi neceſſitas incumbat debitori, hoc pacto non convellitur forma juris fiſcalis, *l.inter debitorem* 42. *eod.* quanquam quod ad paciſcentes attinet, juſtum, ac proinde ſervandum eſt, *l.epiſtola* 52. *§.*2. *eod.l.ult. C.ſin. cenſ. vel reliq.*

2 Aliter hæc cum Græcis explicat Cujac. *lib.*1. *obſ.c.*24. res autem eodem recidit. Similiter non valent pacta, quæ contra juris civilis regulas ſeu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt, *l.contra* 28. *hoc tit.* *l.*27. *de reg.jur.* veluti ſi pupillus ſine tutoris auctoritate pactus ſit ne a debitore ſuo petat, *d.l.*28. aut ſi convenerit, ne omnino, vel ut longiore tempore dos reddatur, *l.*2. *l.*12. *§.*1. *l.licet* 18. *de pact.dot.* aut ſi conſtante matrimonio vir & uxor paciſcantur, ne ob res donatas ageretur, *l.*5. *§.*1. *d.t.* Item ſi quis cum aliquo paciſcatur, ne ejus frater ſit. Nam jus agnationis aut cognationis pacto tolli non poteſt, *l.jus agnationis* 34. *hoc tit.* Conjunctio ſanguinis neceſſaria eſt & naturalis conjunctio, quæ ex voluntate arbitriove noſtro non pendet. Quam ob cauſam Iſocrates amicitiam conſanguinitate potiorem eſſe dicebat, quod hæc ἐκ τῆς ἀνάγκης, *ex neceſſitate*, illa ἐκ τῆς προαιρέσεως, *ex voluntate* proficiſcatur. Eademque eſt ratio ſententiæ, ſi forte judex adeo excors ſit, ut agnationem inter duos exiſtentem ratione aliqua motus dirimat; aliter atque ſi nullam inter eos agnationem eſſe pronuntiet, quo caſu merito jus facit ſententia & pro veritate habetur, *l.*1. *in fin.* *l.*2. *l.*3. *pr.de lib.agnoſc.* Et in univerſum ſtatus hominis vel conditio perſonæ pactis mutari non poteſt, *l.liberos* 10. *C.de lib. cauſa*. Denique ſicut pacto effici non poteſt, ut is agnatus ſit, qui agnatus non eſt, nec contra: ita quoque ut coheres ſit aliquis, cui neque teſtamento neque lege defertur hereditas, fruſtra cavemus, *l.epiſtola* 52. *pr. hoc tit.*

3 Quæſitum eſt, an valeat conventio vivo adhuc teſtatore facta, ne

he-

heres Falcidia utatur, & certam pecuniam, ſi contra fecerit, præſtet? Et Papinianus in *l.quod bonis* 15.§.1.*ad leg.Falc.* reſpondet hujuſmodi conventionem tanquam juri publico contrariam non valere. Qua eadem ratione nec teſtator ipſe olim in ſuo teſtamento Falcidiam prohibere potuit: quia nemo poteſt in teſtamento ſuo cavere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l.nemo poteſt* 55.*de legat.*1. Ceterum quoniam jure noviſſimo teſtatori permiſſum eſt vetare, ne heres Falcidia utatur, *Nov.*1.*cap.*2. putavit Cujacius in *l.pactum* 46. *hoc tit.* & cum Cujacio Buſius, hodie etiam vivo teſtatore privata conventione remitti Falcidiam poſſe, contra reſponſum Papiniani in *d.l.quod bonis*, §.1.*ad leg. Falcid.* Quod probare non poſſum. Abutitur Cujacius ratione Juriſconſulti, dum eam nimis generaliter accipit. Quod poteſt fieri, inquit, teſtamento, poteſt & pacto. Verum eſt; ſed id demum procedit mortuo teſtatore, jcum am hereditas aut legatum delatum eſt, aut ſaltem teſtamentum morte confirmatum, ut jam amplius voluntas revocari nequeat.

4. Hæc enim eſt ſententia *d.l.*46. ſicut teſtator potuit teſtamento ſuo cavere, ne ab herede ſatiſdatio legatorum nomine exigatur, ita & poſt mortem teſtatoris legatarius, qui ſatiſdationem exigere poterat, eam pacto poteſt heredi remittere. Neque vero cur olim heres Falcidiam vivo teſtatore remittere non potuerit, hæc ratio eſt, quod nec teſtator huic legi derogare potuit; ſed hæc, quod eo tempore inſtitutus necdum heres dici poteſt, nec ullum plane jus ei natum eſt, cum teſtamentum pro libitu teſtatoris mutari queat: quæ ratio etiamnum obtinet. Et ſic omnino accipiendum, quod Juriſconſultus in *d.l.*46. ait licere ſui juris perſecutionem aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere: nimirum non juris prorſus incerti, & quod in nuda atque imaginaria ſpe poſitum ſit, cujus remiſſio jure noſtro nullum momentum habet: ſed juris aut jam delati, aut alias ita oblati, ut niſi die aut conditione differretur, ſtatim illud agnoſcendo acquirere poſſemus. Sane poſt mortem teſtatoris conventio facta, ne heres Falcidia utatur, valet: eaque Ulpiani ſententia eſt in *l.qui quod* 46.*ad leg. Falcid.* & Marcelli in *l. ſi patronus* 20. §.1. *de donat.* confirmata a Juſtiniano *l.ult. C. ad leg.Falc.* ex quo loco apparet inter veteres etiam de hoc ipſo dubitatum fuiſſe. Eadem ratione ſanxit idem Juſtinianus, ut ſi quis a patre certas res pecuniamve acceperit, pactuſque fuerit de querela inofficioſi adverſus patris teſtamentum non movenda, hujuſmodi pacto non prægravetur, poſſitque nihilominus non agnitum patris judicium oppugnare: quamvis poſt mortem patris recte paciſcatur de querela inofficioſi, quæ jam ei nata eſt, non movenda, eique renuntiare poſſit, *l.ſi quando* 35. §.1. *&* 2. *C.de inoff. teſt.* additur & hæc ratio, quod filii meritis magis ad paterna obſequia provocandi ſunt, quam pactionibus adſtringendi.

5. Hoc amplius putat Ant.Faber non valere conventionem, quantumvis poſt mortem teſtatoris factam, de remittendo legato aut fideicommiſſo conditionali. Valet quidem talis pactio, ſi tranſactionis cauſa facta ſit aliquo

Digitized by Google

quo accepto vel retento, *l.1. C.hoc tit.l.11. C.de tranſact.* Sed valere negat Faber eam,quæ fit gratuito & citra cauſam tranſactionis tantum animo remittendi. Et quare? quia, inquit, tale pactum deſtruit voluntatem teſtatoris, quam ex contrario tranſactio præſupponit, facit Paul. 4. *ſent.1. §.rogati*. Ego autem didici etiam gratis paciſci licere, *l.& uni 21.§.4.hoc tit. l.cum proponas 16. C.eod.* Nec obſtat, quod legatum aut fideicommiſſum pendente conditione repudiare non poſſumus, *l.ſi ita ſcriptum 45.§.1. de legat.2.* nam repudiationis & pacti diverſa ratio eſt. Non repudiantur niſi quæ jam delata ſunt, *l.is qui 13. l.nec is qui 17.in fin.cum l.ſeq.de acq. her. l.delata 151. de verb.ſign.* Pacto remitti poſſunt & quæ nondum delata *d.l.& uni 21.§.4. d.l.1. & d.l.16.C.de pact.* Qui repudiat, remittit in præſens, quod ei delatum eſt & poterat agnoſcendo acquirere. At legatum conditionale non defertur, ac proinde nec acquiri poteſt, quamdiu pendet conditio, mortuoque ante conditionem exiſtentem legatario ad heredem ejus non tranſmittitur, *l.4. l.5.§.2. quand.dies leg.l.1. §.fin autem 7.C.de caduc. toll.* Qui autem paciſcitur, poteſt etiam in futurum remittere, ſcilicet cum legatum vel fideicommiſſum deberi & peti poſſe cœperit.Qui repudiat, dicit ſe nolle rem, quæ delata eſt, ad ſe pertinere: qui paciſcitur,hoc dicit, ſe etſi poſt cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Quin nec repudiari poteſt legatum, cujus dies nondum venit, licet ceſſerit, veluti ſi ex certa die nobis legatum ſit, *d.l.45. §.1. de legat.2. Gœdd. c.6. de contr. & comm. ſtip. n.15. & ſeq. poſt Alciat. Don. & alios ad d.l.1. C.hoc tit.* Zaſius in *l.17. §.pen. hoc tit.* etiam hanc affert rationem, quia repudiatio tantum nititur conſenſu unius, & eſt fragilis: ſed pactum nititur conſenſu utriuſque, legatarii & heredis.

6 Ceterum noſtrorum temporum ſimplicitas, hanc juris Romani ſubtilitatem, ut nimis ſcrupuloſam, inſuper habet: poſſumuſque hodie poſt mortem teſtatoris non tantum tranſigere aut paciſci de hereditate legatove aut fideicommiſſo ſub conditione relictis; verum etiam pendente adhuc conditione ea repudiare, *Bern. Autumn. cenſur. Gall.ad d.l.45.§.1.& ibid. Groenevveg. tract.de ll.abrog.*qui tamen male huic mori præſidium petit ex *d.l.2. C.hoc tit. l.de fideicommiſſo 11. C.de tranſact.*

7 De controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, placet non aliter recte tranſigi, quam inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis, *l.6. ubi Gloſſ. & DD. de tranſact.* Unde quæſitum, an hoc ipſo etiam prohibita videri debeat gratuita de hujuſmodi controverſiis pactio facta ante tabularum inſpectionem. Affirmant *Bart.in d.l.6.*negant *Caſtrenſ.& Jaſon*, quorum ſententia meo judicio probabilior; eaque defenditur his argumentis. 1.Quia *d.l.6.* ubi tranſactio duntaxat prohibetur, aliquid ſingulare continet, ac proinde extendi non debet. 2. Quia non poteſt quilibet legatum aut jus ſibi delatum repudiare. 3. Quia inter pactum & tranſactionem in caſu propoſito magna differentia eſt: quippe qui tranſigit, accepto forte minimo pro magna ſumma, decipitur; cum utique velit habere, quod ſibi ex

N te-

Digitized by Google

teſtamento debetur : at is, qui ultro totum remittit, non decipitur.

8 Huic quæſtioni affinis eſt & illa, an quis alimenta ſibi teſtamento relicta ex liberalitate donationis cauſa remittere poſſit, ſive quod idem eſt, an gratis de futuris alimentis citra prætoris auctoritatem paciſci liceat, quamvis de his tranſigere ſine prætore licitum non ſit, *l.8. per tot. de tranſact.* Et puto licere, idque ob haſce rationes. 1. Quia id nullibi prohibetur: eſt autem tranſactio ex genere prohibitorum. 2. Quia hæc tranſactionis prohibitio eſt contra regulas juris communis, ideoque non producenda ad conſequentias, *l.quod vero* 14. *& ſeq.de legib.* 3. Quia nemo prohibetur, quod ſibi relictum eſt, repudiare & contemnere. Et quæſo qua ratione quis impedietur, quo minus omittat & non petat, quod ſibi relictum eſt? Quid denique intereſt, utrum non petat prorſus repudietve, an remittat? 4. In pacto ceſſat ratio, quæ in tranſactione cognitionem prætoris requirit, ne ſcilicet alimentarius circumveniatur: non enim videri poteſt decipi, qui ultro remittit: ſed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum in præſens habere, quam ſingulis annis particulam. Viſum eſt voluntatem teſtatoris conſervari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non qui contemneret. Non movet, quod relatum eſt in *d.l.8.§.ſi uni* 15. *de tranſact.* non poſſe alimentarium inconſulto prætore fundum in alimenta oppigneratum liberare: nam qui vult alimenta perſequi, ſine prætore nihil facere poteſt, quo eorum conditio deterior fiat. In eadem autem *l.8. §.ſi prætor* 17. non de alimentario remittente, ſed de prætore negligente agitur. Porro pacta de re impoſſibili facta, aut quæ turpem & inhoneſtam cauſam continent, quæve contra leges aut bonos mores fiunt, nullius momenti ſunt, *l.7. §.ait prætor* 7. *l.ſi unus* 27. *§.3.& 4. hoc tit. l.6.C.eod. l.generaliter* 26. *& ſeq.de verb.oblig.* puta de furto faciendo, aliove quovis maleficio. Sed & ſi quis paciſcatur cum aliquo, ne ob dolum ſuum aut furtum teneatur, ſi poſtea admiſſum fuerit, æquo reprobatur hoc pactum, cum magna ſit illecebra peccandi ſpes impunitatis, *d. l.ſi unus*, *§.4.* Diverſa cauſa eſt ejus pacti, quo convenit, ut ne quod maleficium perpetretur. Cur enim de eo, quod legibus cavetur, paciſci hominibus privatis non liceat? *l.non impoſſibile* 50. *eod.* Ceterum ſi ob eandem cauſam promittatur pecunia, nulla naſcitur obligatio propter turpitudinem conventionis, *d.l.7. §.ſi ob maleficium* 3. *eod.*

9 Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, memoratur & pactum, quo cauſidicus a litigatore litem redimit, *τῆς δίκης μοῖραν*, ſc. quo convenit, ut is nomine mercedis certam partem ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam ſummam in eventum litis accipiat, *l.ſumtus* 53. *eod. l.7. mandat. l.5. C. de poſtul.* Nam ejuſmodi pactio cauſidicis calumnioſe litigandi occaſionem præbet, iiſque artibus & ſtrophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro ac litibus triti vel nolentes ediſcunt. Lite autem finita paciſci vetitum non eſt de parte reſidui debiti remittenda advocato ob cauſam ejus patrocinio & fide defenſam, *l.5.C.hoc tit. Perez.ad d.tit.n.5.* Il-

læ

læ quoque conventiones & pacta, ut turpia & bonis moribus contraria, jure civili improbantur, quæ circa viventis fiunt ſucceſſionem ſive obtinendam ſive repudiandam. Sed de hoc genere dicemus ex profeſſo *cap. ſeq.*

10 Hoc autem loco non intempeſtive quæritur, an non ſaltem pactio, quæ per ſe non valet, vires accipiat a jurejurando, quod ejus confirmandæ gratia adhibitum eſt. Et Ulpianus in *d.l.7. §. & generaliter 16.hoc tit.* auctoritate Marcelli probat, hoc jusjurandum non majorem pacto vim tribuere, quam pactum per ſe habet. Et ſane ſi conventio ideo non valet, quia natura aut turpis eſt aut iniqua, non debet a jurejurando ullum robur accipere, cum jusjurandum non debeat eſſe vinculum turpitudinis aut iniquitatis, *c.1. ext.de jurejur. c.inter cetera* 2. *quæſt.*4. Sed diſceptationem habere poteſt, ſi lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione adjecti per ſe ſit ἀδιάφορος, tantum contemplatione alicujus utilitatis, quæ principaliter non univerſos, ſed ſingulos reſpiciat, valere non patiatur, an ea jurejurando firmata ſervari debeat, verbi cauſa; non valet donatio inter virum & uxorem, nec ea, quæ excedit ſummam quingentorum aureorum, nisi actis inſinuata ſit: non peccat tamen, qui donationes iſtas non revocat, *Gail.2. obſ.39. & ſeq.* ubi & plura hujus generis exempla. Et ſiquidem hoc ſolum quæritur, an tale jusjurandum jure civili ſit efficax aut obligatorium, conſtanter dicimus nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare poſſe conventionem, quæ jure civili nullius momenti ſit, *l.5.C.de legib. d.l.7.§.& generaliter 16.hoc tit. l.ſi quis inquilinus* 112. *§.ult.de legat.*1. Ceterum dicere ne conſcientiam quidem jurantis religione obſtringi ejus juramenti, quod neque iniquum per ſe nec contra bonos mores ſit, nimis grave eſt. Recte ergo & verbo Dei convenienter juramentis omnibus ſponte præſtitis hæc vis jure canonico tributa eſt, ut ſine exceptione ſervari debeant, ſi ſervata non redundent in alterius præjudicium, nec in diſpendium vergant æternæ ſalutis, *c.cum contingat* 28.*extr.de jurejur. c.quamvis de pact. in 6. c.non eſt obligatorium, de reg.jur. in 6.* Atque hoc in foro quoque ſeculari hodie ſervandum eſſe volunt *Coller.de proceſſ. p.1. c.10. n.215. Gail.2. obſ.39. & ſeq.* & ibi citati.

CAP. XIX.

De pactis circa ſucceſſiones.

1 *Pactiones de viventis hereditate obtinenda legibus noſtris improbatæ & quæ hujus rei ratio.*
2 *Non excipiuntur pacta de ſucceſſione mutua, niſi militum ad communem Martis aleam pergentium.*
3 *Defenditur contra communem pacta hujuſmodi natura turpia non eſſe.*
4 *Reſpondetur ad locum Papiniani in* l.29. §.2. de donat.

5 *Varia variarum gentium pacta circa mutuam ſucceſſionem.*
6 *Concluditur ex præcedentibus, poſſe ſtatuto induci, ut pactis hereditas detur; & jure Canonico hujuſmodi pacta juramento confirmari.*
7 *Pactionem de obventura hereditate generaliter conceptam ſine deſignatione certæ perſonæ valere.*
8 *Eandem pactionem non valere, ſi is, de cujus hereditate agitur, certus ſit, niſi is conſentiat, & in voluntate uſque ad extremum perſeveret.*
9 *Aliter, quam vulgo, exponitur* l.2. §.2. de hered. vel act. vend.
10 *Explicatio* §.ult. Inſt.de leg.agn.ſucceſſ.
11 *Pactis hereditatem non magis conſervari, quam dari poſſe, contra quam vulgo creditur, multis documentis oſtenditur.*
12 *Reſpondetur ad argumentum in contrarium allatum ex* l. non aliter 18. de adopt.
13 *Etiam pacta de non ſuccedendo improbata eſſe: utut hæc minus odioſa, quam illa de ſuccedendo, & cur minus odioſa.*
14 *Quibus diſtinctionibus adhibitis reſpondendum, cum quæritur, an pactum, quo ſucceſſioni renuntiatur, valeat, ſi renuncians tantum acceperit, quantum ei obventurum fuerat.*

1 Apud Romanos turpe atque impudens habitum fuit, de hereditate viventis ſollicitum eſſe: ob eamque cauſam pactiones de futura ſucceſſione, quæ heredipetis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadaver (ut ajunt) expectandi occaſionem præbent, ut odioſæ ac periculoſæ, legibus civilibus merito improbatæ ſunt: quales illæ in primis, quæ fiunt de hereditate viventis obtinenda: interpretes pacta de ſuccedendo affirmativa vocant; ut ecce, pactus ſum cum Titio, ut ille me, aut ego illum heredem facerem, vel ut ille mihi, ego illi ſuccederem; hæc conventio inutilis eſt, *l.pactum quod* 15. *C.hoc tit. l.5. C. de pact.conv. tam ſup.dot. l.4. C. de inut.ſtip.* in tantum ut nec pœna in contrarium promiſſa peti poſſit, *l.ſtipulatio hæc* 16. *de verb.oblig.* Idque non unam ob cauſam conſtitutum eſt: primum ne turbetur ordo publicus, quo hereditates deferuntur: non deferuntur autem niſi teſtamento aut lege, *d.l.5. C.de pact.convent. tam ſup. dot. l.ult.de ſuis & legit.§.ult. Inſt.per quas perſ.cuiq.acq.* Deinde quia hujuſmodi pactio tollit aut conſtringit libertatem teſtandi, quod leges noſtræ averſantur, *l.1. C.ſacroſ.Eccl. d.l.15. C.hoc tit.* Pactio enim revocari nequit, *l.5. C.de obl. & act.* voluntas autem teſtatoris ambulatoria eſſe debet uſque ad vitæ ſupremum exitum, *l.4. de adim.leg.* Tertio quia contra bonos mores eſſe tales pactiones creduntur, ut quæ votum inducant deſiderandæ & captandæ mortis alienæ, *d.l.ſtipul.61. de verb.obl. l.4. C.de inut. ſtip. l.11.C.de tranſact.*

2 Cumque eædem rationes militent & in pactis reciprocis de ſucceſſione mutua, ne hæc quidem jure noſtro rata eſſe recte defendit *Gædd.tract. de contr.& committ.ſtip. c.6. concluſ.7.n.82.*contra *Mynſ.obſ.33.& Gail.2. obſ.126.*

*obſ.*126. Atque hoc ſatis perſpicue elucet ex *l.licet* 19. *C. hoc tit.* ubi nominatim etiam mutua hujuſmodi pacta improbantur exceptis militum ad diſcrimen prælii pergentium, *ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντων*, *Baſ.hoc tit. c.*60. in quo jus ſingulare, quod ad conſequentias trahi non oportet, *l.*14. *& ſeq. de leg.* Et tamen ne hoc quidem caſu pacta commilitonum *περὶ ἀλληλοκληρονομίας* valent in vim pacti, ſed in vim ultimæ voluntatis ac reciprocæ inſtitutionis, ut pro arbitrio paciſcentium revocari queant, ſicut recte docet *Cyn.in l.ult. C.hoc tit. n.*19.*& DD.comm. d.l.licet* 19. *C.eod. add.Boer. deciſ.*204.*n.*14.*& ſeq.* Itaque pacta illa reciproca de ſuccedendo inter conjuges, facta in dotalibus inſtrumentis, quæ hodie pleriſque locis recepta, non tam ſuſtinentur auctoritate juris, quam vi conſuetudinis aut legis municipalis. Et quoniam iſtiuſmodi pacta liberam teſtandi poteſtatem conſtringunt, votumque inducunt captandæ mortis, atque ideo bonis moribus contraria eſſe dicuntur, ob hanc cauſam nec ſtatuto nec jurejurando ea confirmari poſſe plerique tradiderunt, *Borcholt. tract. de pact. c.*5. *n.*66. *& ſeqq. Gail.*2.*obſ.*125. *Sichard.in l.*3.*n.*3. *C.de collat.Facbin.*8. *contr.*72. *& ibi alleg.* qua tamen in re vix eſt, ut iis ſimpliciter aſſentiri queam.

3 Etenim ſi ſepoſita juris civilis auctoritate ex ratione juris naturæ aut gentium rem æſtimare velimus, non ſunt talia pacta natura turpia, ſed more civitatis Romanæ, ſive, ut Cujacius in *l.*26. *de verb. oblig.* ſunt contra bonos mores populi Romani. Nam primo natura turpe non eſſe libertatem coercere teſtandi ex eo patet, quod multis etiam e repub. viſum eſt, nimiam teſtandi licentiam præcidere, utique hactenus, ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib.*5. *de rep. c.*2. auctor eſt, ſolis Athenienſibus uſurpatam fuiſſe infinitam illam legandi licentiam, eamque ab his acceptam Decemviros in duodecim tabulas retuliſſe: ceterarum autem gentium unam legem fuiſſe, ne prædia teſtamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos, Danos, Svecos, alioſque populos uti. Sed & apud gentes quaſdam nullus omnino teſtamentorum uſus fuit, ut apud Germanos, teſte Tacito *de morib.Germ.* ac ne nunc quidem teſtamenti faciendi jus obtinet in Geldria & diœceſi Trajectina, locis Bataviæ noſtræ finitimis. Ut proinde liberæ iſtius facultatis teſtandi non uſque adeo magna ratio habenda videatur, præſertim quod ad eas perſonas attinet, quibus alias debetur hereditas. Sed & Imperator Leo, qui ob ſingularem ſapientiam Philoſophus appellatus eſt, aperte *d.l.pactum quod, C.hoc tit.* ut iniquam damnat & abrogat, eo quod ſtatuat *ἐναντία τῆς φυσικῆς παρὰ γονέων τέκνοις ὀφειλομένης ἰσονομίας, ἀδικίας δὲ θύραν ἀνοίγει κατὰ τοῦ παιδὸς τῷ πατρί*, &c. *contraria naturali, quæ a patribus liberis debetur, æquabilitati, patrique adverſus filium ad iniquitatem feneſtram aperiat.* Atque hanc Leonis conſtitutionem, qua abrogatur *d. l. pactum quod*, Gallorum moribus receptam eſſe teſtatur Cujac. in *l.*26. *de verb. oblig.* Altera illa ratio, quod hujuſmodi pacta inducant votum captandæ mortis, & conſe-

quenter

quenter peccandi præbeant occaſionem, neque certa eſt, neque neceſſaria. Quorundam vero hominum improbitas impedire non debet, quominus id quod in ſe nullam iniquitatem aut turpitudinem continet, jure publico fieri permittatur. Et alioqui eadem ratione nec bonorum omnium donatio retento uſufructu, *l.ſi quis argentum* 35. *§.ſed ſiquidem* 5. *C. de donat.* nec pupillaris ſubſtitutio in iiſdem tabulis ſcripta, quibus pater ſibi heredem inſtituit, *§.ſin autem* 3. *Inſt.de pupill.ſubſtit.* nec mortis cauſa donationes, nec denique heredis palam facta nuncupatio permittenda fuerit: quæ tamen omnia jure civili permiſſa ſunt; & haud dubie ideo, quia certum & & conſtans votum captandæ mortis non inducunt.

4 Non movet *l.*29. *§.*2. *de donat.* ubi Papinianus ſatis aperte indicat, paciſcentes de hereditate viventis adverſus bonos mores & jus gentium facere & feſtinare. Nam in hoc genus diſputationibus non auctoritate, ſed ratione certandum eſt: & ſolent Juriſconſulti Romani etiam id appellare jus gentium, quod a lege civili vim accepit, non ſolius populi Romani, ſed aliarum quoque circa nationum; quod tamen cum non ſit pars illius juris communis, quod proprie jus gentium dicitur, ſed ad cujuſque populi indolem accommodatum ſit, ab uno populo aliis inconſultis mutari poteſt, ut multis oſtendit *Grot. lib.*2.*de jur.bell. & pac. c.*8. *& lib.*3. *c.*6. *& ſeqq.*

5 In Germania valent pacta, ut vocant, fraternitatum de mutua ſucceſſione inter Principes, aut alias illuſtres perſonas: item pacta de unione prolium, de quibus *Gail.*2. *obſ.*125. *&* 126. Quibuſdam in locis etiam pactis dotalibus ſuper hereditate vel tota, vel pro parte ita mutuo diſponitur, ut ea diſpoſitio altera parte invita aut ignorante revocari nequeat, *conſtit. Palatin. tit.*5. *von teſtamenten und letſten willen.* Apud alios ita, ut tamen alter inſcio aut invito altero diſpoſitionem mutare poſſit: rata autem maneat, ſi mutata non fuerit, *Sichard in l.*3. *C. de collat. Mynſ.*2. *obſ.*33. *Boer. deciſ.*204. *n.*16. *VVeſenb. conſ.*63. *in fin.* Quæ autem natura turpia ſunt, & honeſtati contraria, ea ſemper & ubique turpia ſunt, ſaltem apud gentes moratiores, & bene ſecundum naturam ſe habentes. Apud nos etiam pactum dotale, quo parens, qui alteri ſuperſtes erit, ad ſucceſſionem ultimi ex liberis defuncti vocatur, ſubſiſtit, tametſi lex patria parentem ſuperſtitem ab hereditate liberorum ſecludat. *N.oſtad.rer.judic.*2. Et quamvis non ob id vero pacto dentur hereditates, cum pacto datum actionis jure exigi poſſit; hereditates autem pacto datæ nullam actionem pariant, ſed unius voluntate revocari queant, & hoc tantum pactis ſponſalitiis agatur, ut contrahentium ſinguli ſibi liberiſque ſuis jus ſuccedendi ab inteſtato eligant, vel novum, ſi velint, conſtituant: lege tamen caveri honeſte poteſt, ut ne liceat talia pacta invito aut ignorante altero revocare. Imo non ſatis honeſte facere videtur, qui illa clam altero revocat citra gravem cauſam.

6 Ex quibus omnibus effici videtur, poſſe jure publico conſtitui, ut etiam

Digitized by Google

etiam pactis hereditas detur, ſi non ſimpliciter & abſolute; utique tamen multis caſibus, veluti inter virum & uxorem, inter fratres & ſorores, ceteraſque perſonas, quæ alias jure legitimo aut honorario ad ſucceſſionem venturæ ſunt. Forte & morum populi innocentia ſpectanda, in quem ob id ſiniſtra illa ſuſpicio non facile cadat. Unde Zaſius dicebat, ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur, Italis eſſe relinquenda, *conſil.1. n.38. lib.2.* quod ſi ſtatuto (utique quod legis vim habet) induci poteſt, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id jusjurandum erit jure canonico, quia ſervari poteſt ſine diſpendio ſalutis, per ea, quæ *cap.præced.Bald.in c.1. §.moribus,ſi de f.ud. def.content. ſit int. dom. & agn. vaſ.Decius conſ.516. n.5. & conſ.656. n.12. Cravett. conſ.139. n.8. Johan.Ramat.in c.quamvis ext.de pact.in 6.n.17. & ſeq. Menoch. conſ.1. n.168.* Pacti affirmativi de ſuccedendo ſpeciem faciunt & pactionem de hereditate tertii: ceterum minus recte. Nam tali pacto non agitur de ſuccedendo, neque ex eo peti aut vindicari poteſt hereditas: ſed nihil aliud eſt, quam conventio de communicanda aut dividenda hereditate obventura.

7 Et ſiquidem tale pactum generaliter conceptum fuerit, nullius certi hominis deſignata hereditate, veluti ſi inter duos ita coita ſit ſocietas, ut ſi qua hereditas alterutri obvenerit, ea communis ſit, placet conventionem valere, *l.3.§.2. pro ſoc.* Ratio eſt, quoniam cum in genere de incerti hominis hereditate obventura paciſcimur, caret illa conventio omnibus illis incommodis, ob quæ diximus pacta de hereditate viventis jure noſtro improbari.

8 Si vero is tertius, de cujus hereditate agitur, certus ſit, puta ſi duo paciſcantur de hereditate Titii, quam forte jure legitimo ſibi obventuram ſperant, talis quoque conventio inutilis eſt, eamque diſerte improbat Juſtinianus, propterea quod incivile & contra bonos mores ſit, viventis hominis bona in ſortem & diviſionem vocari, atque ita quaſi mortem ejus voto & ſpe præcipere, *l.ult.C.hoc tit.* addit tamen temperamentum aliquod, nempe ut ita non valeat ſuperior pactio, niſi is, de cujus bonis agitur, conſentiat, & in ea voluntate ad extremum uſque vitæ ſpatium perſeveret, quo caſu hujuſmodi pactionem vult ratam haberi. Non exigit, ut in ipſo inſtanti, quo ſit iſta conventio, conſenſus hic interveniat: & ideo licet ab initio tale pactum factum ſit inſcio illo tertio, de cujus hereditate agitur, ſi tamen is certior factus poſtea conſenſerit, in eaque voluntate perſeveraverit, putat pactionem confirmari. Et quid refert, an tunc, an poſt vel ante conſenſus intervenerit, ut nulla conſenſienti injuria fieri intelligatur? *Ant.Fab.Cod.ſuo for. hoc tit. defin.10.* diſſentit tamen Jul. Pacius in *d.l.ult.* ſed levi argumento, quod cuivis promtum ſolvere.

9 Huic autem ſententiæ, quod non valet pactio de hominis certi hereditate, objicitur *l.2.§.2. de her. vel act. vend.* ubi Ulpianus ſcribit ſubſtitutum impuberis recte vendere hereditatem impuberis, & maxime ſi ea jam de-

delata ſit. Ergo valet ea venditio, ſive jam impuberis hereditas delata ſit, ſive non ſit: ex quo effici videtur, valere venditionem hereditatis impuberis etiam adhuc viventis. Reſpondent nonnulli particulam *maxime*, quæ nota eſt collationis, in *d.l.2. §.2.* poſitam eſſe pro *utique*, quæ nota eſt *καταστολῆς*, ut hic ſit ſenſus, valere venditionem hereditatis impuberis, ceterum ita, ſi jam delata ſit, hoc eſt, ſi impubes jam mortuus ſit, *Bronch. cent.1. aſſert.30. Diod.Tulden. Cod.de pact. n.6.* Sed non eſt neceſſe, ut ad hanc reſponſionem confugiamus; imo falſum eſt non poſſe vendi hereditatem, niſi quæ delata ſit. Poteſt enim vendi & quæ nondum delata eſt, puta ſi vendatur pendente conditione, ſub qua venditor heres inſtitutus eſt, & in ſpecie *d.l.2. §.2.* ſubſtitutus eſt impuberi. Ceterum ita, dum ſit hereditas, ſi teſtator aut impubes jam mortuus ſit: nam viventis nulla eſt hereditas, *l.1.de her. vend.facit l.& uni 21.§.4. boc tit.l.1.l.cum proponas 16. C.eod.add. c.præced.* Unde apparet vitioſam eſſe hanc collectionem, paciſci licet etiam de hereditate nondum delata, ergo & de hereditate viventis. Ita & Jul. Pacius ad *l.ult.C.hoc tit.*

10 Objici ſolet & quod ſcriptum eſt in *§.ult. Inſt.de leg.ag. ſucceſſ.* patrem, qui liberos ex pacto fiduciæ ſibi remancipatos manumittit, ex eo conſequi, ut legitimam eorum ſucceſſionem obtineat. Sed hoc non eam habet ſignificationem, quaſi pater ea lege emanciparet liberos, ut ipſis ſuccederet: ſed cum in emancipatione liberi manciparentur alii, atque ita traderentur in imaginariam quandam ſervitutem, *l.3.§.1.de cap.min.§.præterea 6.Inſt.quib.mod.jus pat.pot.ſolv.* ne in ea ſervitute manerent, mancipabantur contracta fiducia, id eſt, ea lege, ut patri ab emtore imaginario remanciparentur, quo ipſe deinde eos manumitteret: quæ conventio ad poteſtatem liberorum, non ad eorum hereditatem obtinendam pertinuit. Quanquam ſi ex lege fiduciæ ſibi remancipatos pater manumiſiſſet, in eorum bonis jus legitimæ ſucceſſionis nanciſcebatur, *d.§.Inſt.de legit.agn.ſucceſſ.*

11 Quidam exiſtimaverunt, etſi hereditas pactis dari non poteſt, poſſe tamen pactis conſervari, *arg.l.non aliter 18.cum ſeqq.de adopt.l.quidam 132. de verb.oblig. cum ſimilib. Sichard.in authent. non licet,C.de lib.præt.n.18. Gœdd.de cont.ſtip.concl.6. n.88. Bart. in l.ult.C.hoc tit.* quod & ipſum tamen verum non eſſe bene poſt *Bologn.in d.l.ult.n.93.* oſtendit *Tim.Fab.anniverſ. diſp.21.* 1. Quia ut filius a patre naturali in adoptionem extraneæ perſonæ datus jura ſui heredis apud patrem naturalem retineret, lege opus fuit, *l.pen.C.de adopt.§.ſed ea omnia 14.Inſt.de her.quæ ab int.deſ.*2. Quia nec filius, quem pater emancipat, retinere ſibi poteſt jus legitimæ ſucceſſionis in bonis patris, nec agnati in facultatibus emancipati, nec pater filii, quem dat in adoptionem, *d.l.pen.C.de adopt.d.§.ſed ea 14.& §.emancipati 9.Inſt.de her. quæ ab int.* 3. Quia nemo poteſt libertatem de ſupremis judiciis conſtringere, vel cognatum ulteriorem proximioribus paciſcendo præferre, *l.cum duobus 52. §.idem reſpondit 9.pro ſoc.* Sic in ſpecie *l.pactum quod 15. C.hoc tit.* pacto non potuit pater ſervare ſucceſſionem filiæ: quemadmodum

dum nec in caſu *d.l.quidam* 132. *verſ. quare ſic, de verb.obl.* ſed conventio illic propoſita non ad aliud prodeſt, quam ut pœna promiſſa, ſi contra factum ſit, committatur: qui locus proinde non oppugnat, ſed confirmat hanc ſententiam.

12 Similiter non obſtat huic ſententiæ, quod adrogator impuberis tenetur cavere ſervo publico, ſe, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ea, quæ ex bonis ejus conſecutus eſt, illis, ad quos ea res pertinet, *l.non aliter* 18. *& ſeq. de adopt.* Nam hæc cautio non ad conſervationem juris eorum, ad quos alias res perventura eſſet, pertinet; quippe qui & omiſſa ea idem juris haberent, *l.his verbis* 19. §.1. *d.tit.* ſed ad eorum ſecuritatem. Adveniente denique ea adrogati ætate, qua teſtamentum facere poſſunt, qui ſui ſunt juris, evaneſcit, §.3. *Inſt. eod.*

13 Non tantum pactum affirmativum de ſuccedendo, verum etiam negativum de non ſuccedendo jure noſtro improbatur, puta quo quis futuræ ſucceſſioni renunciat, *l.ult. de ſuis & legit. her. l.3. C.de collat. cap. quamvis, ext. hoc tit. in* 6. Hoc vero pactum, cum nec libertatem teſtandi impediat, nec votum inducat captandæ mortis alienæ, longe minus odioſum eſt, quam ſuperius illud de ſuccedendo: & ideo a ſtatuto robur accipere poſſe pene extra controverſiam eſt, & jurejurando quoque confirmari Canones expreſſe voluerunt, *d.cap.quamvis*. Tantum ideo improbatum eſt, quia privatorum cautiones, auctoritate legum, quæ certos duntaxat modos non modo acquirendæ, ſed etiam amittendæ hereditatis conſtituunt, non cenſentur, *l.ult.de ſuis & legit.*

14 Quid ſi is, qui pactus eſt, tantum acceperit, quantum ei ex hereditate, cui renuntiavit, obventurum fuiſſet? Adhibenda hic non una diſtinctio. Primum intereſſe puto, utrum is renuntiaverit, qui ſolummodo jus habet ſuccedendi ab inteſtato, an qui & jus querendi de inofficioſo. Deinde an ille, cujus ſucceſſioni renuntiatum eſt, teſtatus deceſſerit, an inteſtatus. Si inteſtatus, non obſtante pacto, ſuccedetur ex lege, ut tamen, quod renuntians accepit, reliquis conferatur, *l.3. C.de coll.* Si vero teſtatus, ceſſat poteſtas legis proximo hereditatem deferentis, & illud quæritur, an vi renuntiationis & pacti renuntians a querela excludatur. Tametſi autem hoc quidam ſimpliciter affirmant, ſi quantitas accepta exæquet portionem legitimam, *arg. l.1. §.3. ſi a par. quis man.* referre tamen hic arbitror, quo titulo quid datum acceptumque ſit; & præterea diſtinguendum inter jus vetus & novum. Jure veteri quod mortis cauſa donatum erat, quamvis filio, & nulla interveniente renuntiatione, id imputabatur in legitimam, & querelam excludebat, *l.8. §.ſi quis mortis 6. de inoff. teſt.* quod autem inter vivos donabatur non aliter, quam ſi ea contemplatione donaretur, ut in quartam haberetur, *l.ſi non* 25. *d.tit.* Jure autem novo ne pactum quidem renuntiatorium obſtat filio, *l.ſi quando* 35. §.1. *C.de inoff. teſtam.* multoque minus jure noviſſimo, quo liberi legitimam habere debent titulo inſtitutionis, *Nov.*115. *c.*3. Ad hunc fer-

O me

Digitized by Google

me modum hæc explicat & *Bachov. ad Treutl. diſp. hoc tit. theſ.* 8. ubi etiam obſervandum notat, quod in ſpecie *d. l.* 1. *§.* 3. *ſi a pa. quis man.* pater non *ipſo* jure, ſed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi non de querela inofficioſi, ſed bonorum poſſeſſione contra tabulas agatur.

CAP. XX.

De pactorum ceterarumque conventionum interpretatione.

1 *In omnibus negotiis, etiamſi verborum aliqua ſit ambiguitas, primum ſpectandum eſſe, id quod actum eſt: atque ejus ſententiam inſpici, qui ſermonem protulit.*

2 *Si non apparet, quid actum ſit, id accipi debere, quod eſt veriſimilius & rei gerendæ aptius, aut quod plerumque fieri ſolet.*

3 *Si ne illud quidem appareat, in dubio ſequendum quod minus eſt, quod noceat ei, qui loqui potuit apertius.*

4 *Pactionem obſcuram vel ambiguam non tantum venditori, locatori, ſtipulatori nocere: verum etiam emtori, conductori, promiſſori, ſi ipſi legem obſcuram dixerint.*

5 *Species* l. ſi mihi & Titio 110. §. 1. de verb. oblig.

6 *Reſpondetur* ad l. in lege 29. locat.

7 *In judiciis orationem ambiguam pro actore interpretamur.*

8 *Redditur diverſi hujus juris ratio.*

9 *Locus Ulpiani in* l. 5. §. ult. de rei vind. *expoſitus.*

1 IN omnibus negotiis, etiamſi re conſtent, primum inſpicienda eſt paciſcentium & contrahentium voluntas, atque id quod actum eſt, pro cauto habendum, *l. ſemper* 34. *de reg. jur. l.* 3. *de reb. cred.* & quamvis verborum aliqua ſit ambiguitas, id tamen ante omnia ſpectari oportet, quod cogitatum taciteque actum eſt, *l. ubi* 21. *l. cum in teſtamento* 24. *de reb. dub. l. in lege* 77. *de contr. emt.* Nam qui ambigue loquitur, id loqui intelligitur, quod ex his, quæ ſignificantur, eum ſenſiſſe credibile eſt, *l. Nepos Proculo* 125. *de verb. ſign.* in quo placet ejus ſententiam & affectionem maxime ſpectari, qui ſermonem protulit, τοῦ ἀφηγησαμένου, *l. in ambiguis* 96. *l. rapienda* 168. *§.* 1. *de reg. jur. l.* 3. *de reb. dub.* Atque hic habet locum, quod dici ſolet, unumquemque eſſe interpretem ſuorum verborum. Exempli cauſa, ſi quis triticum ſibi dari ſtipulatus ſit ſine adjectione menſuræ, hæc quidem ſtipulatio imperfecta eſt, *l. ita ſtipulatus* 115. *de verb. oblig.* ceterum ſi forte ex tractatu prius habito appareat, de certi generis certæque quantitatis tritico cogitatum & actum eſſe, id pro expreſſo habetur, *l. triticum* 94. *eod.* Nec obſtat *l. quidquid* 99. *eod.* quoniam ille textus tunc demum locum habet, quando non apparet, quid actum ſit. Semper enim,

etiam

etiam in ſtipulationibus, quod actum eſt, in primis attendi debet, *l.ſemper* 34.*de reg. jur.* Aliud exemplum ſuppeditat *l.qui cum tutoribus* 9.§.*ult. de tranſact.*

2 In dubio autem ſi non apparet, quid actum vel cogitatum ſit, commodiſſimum eſt id accipi, quod rei gerendæ eſt aptius, *l.quoties* 67. *de reg.jur.* ſeu quo res, de qua agitur, magis valeat & in tuto ſit, quam pereat, *l.*12. *l.ubi* 21. *de reb.dub.* *l.quoties* 80. *de verb. obl.* Omnino autem hic inſpiciendum erit, quod eſt veriſimilius, *l.in obſcuris* 114. *de reg. jur.* Exempla habemus in *l.ſi venditor* 38.§.2.*de act.emt.l.in lege* 29. *locat.*& elegans in *l.inſula* 13.*qui pot.in pign.* ubi quod in lege venditionis non aperte dictum eſt, in dubio pro venditore Juriſconſultus interpretatur; quoniam ex conjecturis veriſimile eſt id in ſpecie illic propoſita inter contrahentes actum eſſe, ut jus pignorum ob penſionem ab inquilino acceptorum ad venditorem primum pertineret, cui prioris anni penſio ex obligatione principali, quam pignus ſequitur, accederet. Stipulatus eſt aliquis intra certum tempus Carthagini ſibi dari, cum duæ ſint Carthagines, verborum eſt ambiguitas. Ceterum etſi promiſſor cogitaverit de una, in quam intra id tempus perveniri non poteſt, ſtipulator autem de altera, ſtipulatoris potius accipietur ſententia,& quoniam rei gerendæ aptior eſt: & alioqui res contracta tuto in loco eſſe non poteſt, *l.ubi* 21. *de reb. dub.* Eadem ratione, ut res magis valeat, quam pereat, in hac ſpecie, cum tabernam debitor creditori pignori dederit, & quæſitum eſſet, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligaſſe videatur, Scævola reſpondit, ea quæ mortis debitoris tempore in taberna inventa ſunt, pignori obligata eſſe videri, *l.pen. de pign.* Hoc enim inter contrahentes potius actum fuiſſe veriſimile eſt. Sequemur autem in hujusmodi negotiis id quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur, aut τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖςον γινόμενον, *Harmenop.lib.*1.*tit.*15.§.15. quod plerumque fieri ſolet, *l.ſemper* 34.*l.in obſcuris* 144. *de reg. jur.* Exempla in *l.quod ſi nolit* 31. §.*quia aſſidua* 20. *de ædil.edict. l.quæ conditio* 39. §.1. *de. cond. & dem. l.ſi pactum* 9.*de probat.*

3 Quod ſi ne id quidem appareat, locus erit regulæ Ulpiani in *l.*9. *de. reg.jur.* atque in dubio ſequemur, quod minus eſt. Idque non in conventionibus tantum & contractibus obſervatur, *l.inter* 83.§.3.*l.quidquid* 99. *de verb.obl.l.ult.de præt.ſtipul.* verum etiam in aliis cauſis, puta in irrogatione pœnarum, *l.ſi præſes* 32. *l.interpretatione* 42. *de pœn.* in diverſis judicum ſententiis, *l.inter pares* 38. §.1. *de re jud.l.diem proferre* 27.§.3.*de rec. arbitr.* in teſtamentis, *l.cum ſervus* 39.§.*ſcio* 6. *de legat.*1. *l.Sempronius* 47. *de legat.*2. *l.qui concubinam* 29. §.1. *l.nummis* 75. *eod.*3. Ex ejuſdem regulæ ratione eſt, quod veteres probaverunt, in ambigua vel obſcura oratione id accipi oportere, quod noceat ei, cui liberum fuit re integra loqui apertius, & verba latius concipere.

4 Et Papinianus quidem reſpondit, veteribus placuiſſe, pactionem ob-

obſcuram vel ambiguam venditori & qui locavit, nocere; utpote in quorum poteſtate fuerit, legem apertius conſcribere, *l. veteribus* 39. *hoc tit.* ut & Paulus *l. in contrahenda* 172. *de reg. jur.* Et Celſus, cum quæritur in ſtipulatione quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda eſſe ait; quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere, *l. quidquid* 99. *de verb. obl. l. cum quæritur* 26. *de reb. dub.* Quibus etiam hæ Græcorum regulæ *lib.* 11. *Baſil.* & apud Harmen. *lib.* 1. *tit.* 15. conveniunt; ἐν τοῖς ἀμφιβόλοις τὴν ἐπερώτησιν κατὰ τοῦ ἐπερωτήσαντος ἑρμηνεύομεν, item τὸ ἀσαφὲς ἢ ἀμφίβολον σύμφωνον κατὰ τοῦ πράτου καὶ τοῦ μισθώσαντος ἐστιν. Ceterum id ipſum quoque & in emtore & conductore, & promiſſore ſimiliter admitti debet, ſi & ipſi legem obſcuram dixerint, nec appareat, quid inter contrahentes actum ſit. Etenim vel ipſa naturalis ratio docet, unumquemque contrahentium ſibi imputare ſuæque imprudentiæ expenſum ferre debere, quod non apertius locutus fuerit. Merito itaque Paulus pactum emtioni appoſitum ſecundum venditorem, contra emtorem, qui legem contractui dixerat, minuſque aperte locutus fuerat, interpretatur in ſpecie *l. ſi in emtione* 34. *pr. de contr. emt.* item Marcellus in *l. comprehenſum* 60. *eod.* Sed & Celſus in *d. l. quidquid* 99. *de verb. oblig.* poſtquam de ſtipulatore verba fecit, ſtatim ſubjicit de promiſſore in eandem ſententiam: *Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi ejus intererit, de certis potius vaſis forte aut hominibus actum eſſe*, quod valde circa hanc quæſtionem conſiderandum arbitror; quoniam autem plerumque a venditore, locatore, ſtipulatore pactum interponitur, & lex contractui dicitur, inde eſt, quod contra eos pactionem obſcuram vel ambiguam exponi auctores noſtri tradiderunt.

5 Quod ſi quis nunc quærat, cur Pomponius in *l. ſi mihi & Titio* 113. §. 1. *de verb. obligat.* reſpondeat, non quid ſenſerit promiſſor, æſtimari debere, ſed ſtipulantis mentem ſpectandam eſſe. Dicam id ea ratione fieri, quia in caſu illic propoſito mens ſtipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipſo loquendi uſu, a quo mens promiſſoris aliena ſit. Denique non eſſe ibi orationem ambiguam, nec tam contra promiſſorem ex mente ſtipulantis, quam ex re ipſa fieri æſtimationem.

6 Similiter non obſtat reſponſum Alfeni in *l. in lege* 29. *locat.* Nam in dubio ſemper prius inſpiciendum, quod veriſimile eſt inter contrahentes actum eſſe, ut ante diximus: ait autem Alfenus hoc potius locatorem videri voluiſſe. Quod ſi quis proprius rem animadvertat, reperiet vix ullam in verbis legi contractus a locatore appoſitis ambiguitatem ineſſe: verum ea cum aut late aut ſtricte ſumi poſſint, late potius ac generaliter accipienda eſſe Juriſconſultus ait; nempe ne ſuperfluo adjecta pacto videatur illa clauſula, *neve ſinito*: cum etſi ea adjecta non eſſet, conductor ſylvæ doli vel culpæ nomine teneretur, ſi quem urentem, cædentem, &c. deprehendens, non prohibuiſſet, ut notum eſt: ad hunc ferme modum & Jul. Pacius *cent. 2. quæſt. 7.* Hæc autem ita obſervantur in conventionibus & contrahendis

trahendis negotiis, cum in dubio eſt, quid ſenſerint, quid egerint paciſcentes aut contrahentes.

7 In judiciis vero & actionibus exercendis aliud obtinet: quippe in quibus, ſi quæratur, quid actum ſit, orationem ambiguam pro actore interpretamur. In contrahenda venditione, ait Paulus, ambiguum pactum contra venditorem interpretandum eſt: ambigua autem intentio ita accipienda eſt, ut res ſalva actori ſit, *l.in contrahenda 172. de reg.jur.* Cujus regulæ partem poſteriorem Harmenopulus *ubi ſupra* ſic interpretatur, *ἡ δὲ ἀμφίβολος ἀγωγὴ τὸ πρᾶγμα τοῦ ἐνάγοντος οὐ καταβλάπτει.* Id eſt, *ambigua vero actio rem actoris non lædit.* In eandem ſententiam Ulpianus *l.ſi quis 66. de judic. ſi quis,* inquit, *intentione ambigua vel oratione uſus ſit, id quod utilius ei eſt, accipiendum eſt,* quod a Græcis in *Baſilic.* ita redditum, *ἡ ἀμφίβολος ἀγωγὴ καὶ ἀφήγησις ὑπὲρ τοῦ ποιήσαντος αὐτὴν ἑρμηνεύεται.* Nec mirum, cum non tantum actionem editam declarare, ſed etiam emendare, & mutare quoque actori liceat, *l.3. C.de edend.*

8 Finge igitur Stichum judicio petitum eſſe, cum ejuſdem nominis plures ſervi eſſent apud debitorem: is petitus videbitur, de quo actor ſenſerit. At ſi Stichum ſtipulatus de alio ſentiam, tu de alio, nihil actum videri poterit, *l.inter ſtipulantem 83. §.1. de verb.oblig.* ubi Paulus hujus differentiæ hanc eſſe rationem ſcribit, quod ſtipulatio ex utriuſque conſenſu valet: judicium autem etiam in invitum redditur; & ideo actori potius credendum eſſe: alioquin ſemper negaturum reum ſe conſenſiſſe. Nimirum cum nulla ſine conſenſu utriuſque obligatio ex contractu oriri queat, *l.1. §.3. huc tit. l.in omnibus 55. de oblig. & act.* ideo in contrahenda obligatione non valet, quod actum eſt, ſi error aut diſſenſus eorum, qui contrahunt, intervenerit in rei, de qua agitur, corpore, *l.in venditionibus 9. de contr. emt. l.continuus 137. pr. de verb. oblig. §.ſi de alia 22. Inſt. de inut. ſtipul.* Judicium vero propter diſſenſum actoris & rei non fit irritum, contraria videlicet ratione, quia hic utriuſque conſenſus non requiritur, ſed in invitum quoque judicia redduntur. Sequimur autem hic id, quod apparet actorem, qui ambigua oratione uſus eſt, ſenſiſſe, quod ei utilius eſt, non quod ſenſerit reus, ne alias eludendi judicii reo præbeatur occaſio, ſeu, ut Græci, *ἵνα μὴ τὸ δικαστήριον ἀσύστατον ἀπομείνῃ, ne judicium incertum & confuſum reddatur,* nempe tergiverſatione rei. Pertinet huc locus Demoſthenis orat, *κατὰ Στεφάνου ψευδομαρτυριῶν α΄,* ubi judices alloquens, juraſſe eos ait, ſe judicaturos non de iis, quæ reus vellet, ſed de iis, de quibus actio eſſet inſtituta: hanc autem neceſſe eſſe actoris dictione declarari, *τῇ τοῦ διώκοντος λήξει δηλοῦσθαι.*

9 Non eſt contrarium, quod apud Ulpianum *l.5. §.ult. de rei vind.* ex Pomponio relatum eſt, ſi plures ſint ejuſdem nominis ſervi, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum ſit, Pomponium dicere nullam fieri

ri condemnationem. Hoc enim tunc procedit, quando non apparet, de quo actor ſenſerit. At cum id ſaltem apparet, quod actor voluit, tunc quod nos dicimus, procedit, & quod utilius eſt actori, qui ambigue locutus eſt, ſequitur. Hæc paulo uberius, quam vulgo ſolet, expoſui, ut res tota perfecte cognoſceretur.

Cap. XXI.

De effectu & poteſtate pactorum.

1 *Pacta obligatoria naturalem obligationem pariunt.*
2 *Naturalem obligationem ex pacto natam, niſi perſonæ qualitas obſtet; eandem vim jure civili habere, quam habet obligatio civilis, demta ſola actione.*
3 *Ad agendum & petendum efficacem non eſſe, niſi pactum lege confirmatum, aut contractui bonæ fidei ſtatim appoſitum ſit, aut placito ſtipulatio interceſſerit.*
4 *Pacto liberatorio obligationem naturalem ipſo jure tolli.*
5 *Enodatio* l.ſi unus 27. §.2. hoc tit.
6 L. qui ſervum 34. §.1. de oblig.& act. *explicatur.*
7 *Nuda conventione rebus integris ipſo jure diſſolvi & obligationes omnes nudi conſenſus.*
8 *Eodem modo tolli etiam obligationem pignoris nuda conventione contractam; nec obſtare* l.17. §.2. hoc tit.
9 *Ceteras obligationes pacto convento non tolli ipſo jure, ſed ope exceptionis, aut pacti, aut ſubſidiariæ doli.*
10 *Pacta, quæ aliquid obligationi detrahunt, in continenti contractus facta, prodeſſe reo ipſo jure.*

DE vi & effectu pactorum, qua voce ſimpliciter prolata paſſim in jure noſtro nuda ſignificantur, multa jam ante a nobis dicta ſunt, & dici neceſſe fuit. Quamobrem hic erimus breviores.

1 Eorum pactorum, quæ ad obligandum comparata ſunt, hic effectus eſt, ut obligationem naturalem producant, *l.5.§.2.de ſolut. l.3.l.4. C. de uſur.* Nihil enim tam congruum eſt fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, ſervare, *l.1. pr. hoc tit.* unde Paulus *l. cum amplius* 84. §.1. *de reg.jur.* eum natura debere ait, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem ſecuti ſumus.

2 Atque hæc naturalis obligatio, niſi perſonæ obſtet qualitas, eandem vim etiam jure civili habet, ſi unam demſeris actionem, quam naturalis & civilis ſimul. Ut ecce, poteſt hoc naturale debitum cum alio quovis compenſari; *l.6. de compenſ.* non datur ejus licet per errorem ſoluti repetitio,

tio, *l. naturaliter* 13. *l. ſi pœnæ* 19. *de cond. indeb. l.* 7. *de fidejuſſ. l. naturalis* 10. *de obl. & act.* Poteſt conſtitui & novari, *l.* 1. *§. pen. de pecun. conſtit. l.* 1. *in fin. de novat.* Poteſt & pignus & fidejuſſor huic obligationi accedere, *l.* 5. *l.* 14. *§.* 1. *de pign. l. naturaliter* 13. *de cond. ind. §.* 1. *Inſt. de fidejuſſ. l.* 6. *l.* 7. *ff. eod.* & quamvis citra vinculum ſtipulationis uſuræ fœnebris pecuniæ peti non poſſint, *l.* 3. *C. de uſur.* tamen pacto promiſſæ ſervari poſſunt per retentionem pignoris pro ſorte & uſuris obligati, *l.* 4. *l. pignoribus* 22. *C. d. tit.*

3 Ceterum talis obligatio, quæ ad agendum & petendum ſit efficax, jure noſtro ex pacto non naſcitur, niſi ſpecialiter lege ſenatusve conſulto, aut a prætore confirmatum ſit, *l.* 6. *l.* 17. *§.* 2. *hoc tit.* aut contractui bonæ fidei in continenti appoſitum, eo quod hujuſmodi pacta pars ſunt & lacinia atque lex ipſius contractus, ſine quibus contractus initus non fuiſſet, *l.* 7. *§. quinimo* 5. *eod. l. in bonæ* 13. *C. eod. l.* 1. *§. ſi convenit* 6. *depoſ. l. contractus* 23. *de reg. jur. l.* 5. *l. ult. C. de pact. int. emt. & vend.* Imo tantum abeſt, ut nuda pactio actionem pariat, ut etiamſi certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, nihilo magis in poſterum actio competat, niſi placitis ſtipulatio interceſſerit, ut reſcriptum ab Impp. *l. ſi certis* 28. *C. hoc tit.* Plane enim ſi placiti ſervandi cauſa ſtipulatio interpoſita fuerit, dubium non eſt, quin ex ſtipulatione agi poſſit, *l. ſi pacta* 14. *l. petens* 27. *C. eod.* Quod ſi ad pactum acceſſerit & alia cauſa, puta ſi præterea ab uno quid datum aut factum ſit, jam quidem certo jure is qui dedit aut fecit, alterum ſibi ita obſtrictum habet, ut etiam civili aut honoraria actione teneatur: ſed jam illa conventio non amplius nuda cenſetur, *l.* 7. *§.* 2. *l. diviſionis* 45. *l. in traditionibus* 48. *hoc tit. l. debitori* 7. *& ſeq. l. legem* 10. *l. cum proponas* 21. *C. eod.* Neque enim nudum pactum eſt, quoties certa lege aliquid datum aut factum eſſe probatur, *l.* 8. *in fin. l. ſolent* 15. *de praſcript. verb.* Sed de his ſatis dictum eſt ſupra *capp.* 5. 6. *&* 7. ubi item notatum eſt, aliarum omnium gentium moribus non minus ex pacto, quantumvis nudo, dummodo ſerio, quam jure Romanorum ex ſtipulatione, actionem datam fuiſſe; quod & jure Canonico diſerte cautum ſit, *c.* 1. *&* 3. *ext. hoc tit.* & diſciplina horum temporum ſequatur.

4 Sicut autem pactum obligatorium naturalem obligationem producit, ita ex contrario pactum liberatorium naturalem obligationem ipſo jure tollit, *l. Stichum*, *§. naturalis* 4. *de ſolut.* Eſtque hoc conſentaneum regulæ traditæ in *l. nihil tam naturale* 35. *de reg. jur.* atque obtinet etiam, quamvis non ex conventione, ſed alia ex cauſa obligatio naturalis profecta eſt: quoniam vinculum æquitatis, quo ſolo ſuſtinetur, conventionis æquitate diſſolvitur, ut diſputat Papinianus *d. l. Stichum*, *§.* 4. *de ſolut.*

5 Non adverſatur huic ſententiæ, quod Paulus *l. ſi unus* 27. *§.* 2. *hoc tit.* reſpondet, prius pactum non elidi per poſterius ipſo jure, ſed opus eſſe replicatione: quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione

per

per pactum tollenda, ſed de pacto priore, quo exceptio jure prætorio quæſita erat, per poſterius pactum elidendo, quo redeat prima conditio & ſtatus obligationis, actionique vis priſtina reſtituatur. Quod obligatio naturalis ipſo jure per pactum tollitur, ei conſequens videri poterat, etiam pacti hanc eſſe vim, ut ipſo jure obligationem priorem reponat in priſtinum ſtatum, perinde ac ſi pactum prius interpoſitum non fuiſſet. Ceterum hoc minime ſequitur: nam cum non obſtante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipſo jure adhuc teneat, fieri nequit, ut exceptio debitori pacto quæſita poſteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non poſſit. Atque hoc ſignificat Juriſconſultus in *d.l.ſi unus* 27. §.2. *hoc tit.* cum ait in pactis factum verſari. Ait prius pactum per poſterius ope replicationis elidi, non ipſo jure, ſicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum eſt; addita hac ratione, quia in ſtipulationibus jus continetur, in pactis factum verſatur. Id eſt, ut ego interpretor, quia ſtipulationes ipſo jure vim ſuam exercent, eo quod his ineſt auctoritas juris: pacta autem auxilio prætoris egent, & ſine jure ex ſolo conventu ſervantur. Itaque quatenus pactum prius tuitione prætoris juvatur, hactenus quoque auctoritate prætoris requiritur, ad elidendam exceptionem jure honorario firmam. Hinc eſt, quod quidem etiam pacta nobis proſint ad liberationem ſed facto noſtro, ſi quis initio litis pactum ſit conteſtatus, ejuſque exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim conteſtatio & defenſio, cum in facto rei poſita ſit, recte dicitur in pactis factum ad liberationem verſari: eademque hic receptionis & replicationis ratio eſt. In ſtipulationibus autem jus continetur, id eſt, per ſtipulationem novantem, per ſtipulationem Aquilianam, eamque ſecutam acceptilationem hoc aſſequimur, ut ipſo jure liberemur, non facto aliquo noſtro, id eſt, non defenſionis conteſtatione, aut exſtipulationis exceptione & objectione.

6 Atque huc pertinet, quod idem Juriſconſultus in *l.qui ſervum* 34. §.1. *de obl. & act.* ſcribit, eum qui rem ſibi commodatam ſurripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, ſed alteram actionem per alteram perimi aut ipſo jure aut per exceptionem. Significat enim cum quis ipſo jure liberatus eſt, poſſe eum tuto negare, ſe debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, abſolvi debere, ſi ex priſtina actione ſolviſſe ſe quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare ſe teneri: ſed cum hoc confeſſus fuerit, ejus quod præceſſerit, exceptionem opponere poſſe, per quam conſequatur idem, quod non teneatur, hoc vero, inquit, facere eſt tutius, quia ſcilicet dubitari poſſit, an eo modo prior actio ſublata ſit ipſo jure: *add. Cujac. Buſ. & Ant.Fab. ad d.l.ſi unus* 27. §.2. *hoc tit. Donell.ad l.*5. *C. eod. Borcholt. de pact. c.ult. n.*58. *& ſeqq. Bachov.ad huuc tit. c. de effect. pact.lib.*

7 Præterea ipſo jure nuda conventione tolluntur obligationes omnes quæ

quæ nudo conſenſu contractæ, dummodo rebus integris a contractu abeatur, *l.7. §.adeo 6. l.ab emtione 58. hoc tit. l.3. l.5. §.1. de reſc. vend. l.1. l.2. C. quand.lic. ab emt. diſcedere*, in quo & ipſo regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres ſecuti ſunt, *l. nihil tam naturale 35. de reg.jur. l.prout 80. de ſolut.* Nam etſi hujus generis contractus obligationem quoque civilem, hoc eſt, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipſo jure tolli non poſſe: tamen quia obligatio iſta mero & nudo conſenſu conſtat, totaque eſt ex jure gentium, nihil habens a jure civili præter generalem quandam approbationem, quod extrinſecum quid eſt, & accidentarium, ideo ſublato hoc conſenſu per pactum ſive voluntatem contrariam, tota obligationis ſubſtantia evaneſcit, ut nihil amplius ſuperſit, in quo actio fundetur. Eadem videlicet ratione, qua nulla ſupereſſe obligatio intelligitur, ſi res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit.

8 Et ſecundum hæc recte defenditur, etiam obligationem pignoris, quæ jure prætorio nuda conventione conſtituitur, *l.1. de pign.act.* contraria eaque nuda conventione ipſo jure diſſolvi: licet obſtare videatur, quod a Paulo traditur *l.ſi tibi 17.§.1. hoc tit.* de pignore ex pacto jure honorario actionem naſci: tolli autem per exceptionem, quoties paciſcor, ne petam. Nam bene a Neguſantio *tract. de pign. par.6. memb.3. n.3.* & a Bachovio *lib.5. de pign. c.6.* obſervatum eſt, loqui Juriſconſultum de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad diſſolutionem pignoris.

9 Ceteræ obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipſo jure, ſed ope exceptionis tolluntur, ut paſſim *hoc tit.* & alibi, inter quæ quid interſit, ex iis, quæ modo dicta ſunt, intelligi poteſt. Concurrit autem cum exceptione pacti exceptio doli, ſicut & cum aliis exceptionibus:dolo enim malo facit,quicunque id,quod quaqua exceptione elidi poteſt, petit,*l.2. §.item quæritur 4. & §.ſeq. de dol.mal.except.* Sed & quotiescunque pacti exceptio dari non poteſt, forte quia perſonæ, ad quam utilitatem pacti porrigi volumus, exceptio pacti quæri non potuit, aut perſona ejus pacto comprehenſa non eſt, toties ad exceptionem doli ſubſidiariam confugimus.

10 Quæ pacta aliquid obligationi detrahunt, eamve imminuunt, ea ſi in continenti facta ſint, non tantum contractibus bonæ fidei, verum etiam ſtipulationi inſunt, ipſoque jure reo proſunt ad liberationem, *l.lecta 40.de rebus cred.* De furto & injuriis lex duodecim tabularum paciſci permiſit: quam ob cauſam quoque actiones furti & injuriarum per pactum ipſo jure tolluntur, *l.ſi tibi 17. §.1. junct. l.6. l.7. §. ſi paciſcar 14. hoc tit.* Nihil autem horum eſt, quin propriis quoque locis ante explicatum ſit, & quidem copioſius.

TRACTATUS

DE

JURISDICTIONE ET IMPERIO

ACADEMICO-FORENSIS.

Ampliſſimis, Graviſſimis, Spectatiſſimis VV.

DD. CONSULIBUS REIPUBLICÆ LEIDENSIS.

N*Ullius rei cognitio, Viri Ampliſſimi, ad intelligentiam juris civilis Romanorum æque neceſſaria eſt, atque hujus, quod tractandum ſuſcepimus, argumenti de Jurisdictione & Imperio; nec quemquam repertum iri credo, qui id inficiaturus ſit. Ceterum cum tot in hoc argumentum extent cum veterum interpretum, tum recentiorum commentarii, inanis omnis labor, & ſupervacuum videri poterit, quod porro in eo tractando ſtudium ponitur. Atque hujus quidem etiam rei contemplatio diu me ſuſpenſum tenuit, & tantum non a præſenti ſcriptione deterruit. Verumenimvero cum & veteres interpretes parum in hoc genere viderint, aut potius nihil (quod ſeculi vitio antiqui moris & memoriæ ignari adſcribendum eſt) & recentiores, dum veterum errores taxant, ubi ſuam promunt ſententiam in alios non minus graves ſæpe incidant; & denique cum etiam a viris magni nominis non pauca hic tam obſcure & perplexe tradita ſint, ut ad mentem eorum intelligendam Oedipo conjectore pene ſit opus, non inutilem omnino fore ratus ſum eam operam, quam quis in reſumenda hujus argumenti tractatione collocaret, dummodo poſſit apertius ac dilucidius, quam hactenus factum eſt, rem totam explanare. Cum itaque repetita nuper ab initio Pandectarum interpretatione mox id ipſum argumentum publice ſe nobis explicandum obtuliſſet, tentare volui, poſſemne ea, quæ ad cognitionem rei tam neceſſariæ pertinent, clare ac luculente auditoribus meis proponere, atque ita, ut etiam obtuſiorum auribus hauriri, animiſque percipi poſſent. Quod cum haud male, quantum intelligere potui, proceſſiſſet, eventu conatui noſtro reſpondente, ut aliis quoque prodeſſem, & quod ſemper ſtudui, quam plurimis, ea, quæ viva voce in non contemnenda auditorum frequentia expoſueram, publici juris feci. Potui, & ſine magno negotio, prolixiorem ſcribere commentarium, ſed nihil opus fuit, meliuſque me conſulturum utilitati ſtudioſæ legum juventutis arbitratus ſum, dum ea modo diligenter perſequerer, ſine quorum cognitione fruſtra in hac materia laboretur, & quibus cognitis*

ce-

cetera omnia per ſe aperta & plana futura ſint. Haſce ego ſecundarum mearum curarum primitias vobis, Ampliſſ.Viri, hic offero conſecroque. Cauſam, cur offeram, non addo, quod plerique neſcio quibus coloribus accerſitis facere ſolent, certus hoc munuſculum noſtrum, ut ut leviculum, gratum vobis acceptumque fore. Faxit Deus Opt. Max. ut florentiſſima veſtra urbs florentior in dies evadat, in eaque optimarum artium ſtudia magis magiſque excitentur, atque incrementum capiant. Dabam Lugduni Batavorum pridie Kalend. Novembris 1644.

VV. AA.

Obſervantiſſimus

Arnoldus Vinnius.

H.III.1103
IV.1207.
10131
H.I.1109
007

TRACTATUS
DE JURISDICTIONE
ET IMPERIO.

CAPUT I.

De imperio mero.

SUMMARIUM.

1 *Partitionem Juriſdictionis in civilem & criminalem a Romani juris uſu alienam videri.*
2 *Docendi tamen gratia tolerari poſſe.*
3 *Cur poteſtas cognoſcendi de cauſis civilibus ſola nomen juriſdictionis habeat.*
4 *Merum imperium cur ſic dictum.*
5 *Quid ſit merum imperium, & quibus in rebus conſiſtat.*
6 *An condemnatio ad perpetuos carceres ſit meri imperii.*
7 *Merum imperium quatenus & quando ad bruta quoque animalia extendatur.*
8 *Quatenus & quando ad noxiorum hominum cadavera.*
9 *Appellatione meri imperii etiam cognitionem criminum contineri.*

SCRIPTURUS de juriſdictione, deque mero ac mixto imperio, cujus argumenti cognitio ad intelligentiam magnæ partis juris civilis Romanorum in primis neceſſaria eſt, non putavi operæ pretium rem a primordiis urbis ipſaque origine repetere, quod & nimis longum foret, & fortaſſis etiam tædium pareret legentibus: ſed ſatis abundeque deſiderio ſtudioſorum me facturum eſſe duxi, quamvis intra ſepta juris Juſtinianici me contineam, dummodo ſubinde, ubi opus erit tranſiliam, id eſt ubi rei, de qua agetur, explicatio erit arceſſenda e longinquiori.

1 Interpretes noſtri appellatione juriſdictionis in genere ſumtæ etiam imperium, quod merum dicitur, complectuntur; atque juriſdictionem dividunt in civilem & criminalem: aut barbare in baſſam & altam, quæ poſterior in libris juris civilis merum imperium appellatur. In conſuetudinibus Burgundiæ & aliorum locorum hæc identidem occurrunt, *haulte & baſſe Juriſdiction*, *hooge ende laege Juriſdictie*, quarum prior Belgice etiam *Halsheerlijkheyt* dicitur. Ceterum hoc a Romani juris uſu alienum eſſe reor; quippe quo imperium, quod merum appellant, ut ſpecies oppoſita, expreſſim a juriſdictione ſeparatur, cui contra coherere & ineſſe dici-

tur

Digitized by Google

tur imperium mixtum, *l.* 1. *§.* 1 *ff. de offic. ejus cui mand. l.* 3. *ff. hoc tit. de juriſd.* Marcus quoque Tullius in *orat. pro L. Muræn.* poteſtatem juris dicundi diſerte opponit quæſtioni, hoc eſt, mero imperio, uti explicat *Carol. Sigonius de antiq. jur. provinc. cap.* 7. Nihil juvat interpretes, quod Papinianus in *d. l.* 1. *pr. de offic. ejus* &c. ſcribit, errare magiſtratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem, juriſdictionem ſuam mandant: nam ut patet ex *§.* 1. *d. l.* 1. illud tantum verbis iſtis ſignificare juriſconſultus voluit, errare magiſtratus, qui putant mandata juriſdictione, imperium quoque merum, quod præter juriſdictionem habent, tranſire. Sed nec illud interpretum ſententiæ patrocinatur, quod apud Ulpianum *l.* 7. *§. ult. de offic. proconſ.* ſcriptum eſt, proconſulem habere pleniſſimam juriſdictionem: etſi enim proconſul merum quoque imperium in provincia habuit, tamen falſo exiſtimant Ulpianum appellatione pleniſſimæ juriſdictionis intellexiſſe etiam merum imperium. Ait proconſulem habuiſſe pleniſſimam juriſdictionem, nempe in cauſis civilibus: ſic enim loquitur juriſconſultus, reſpiciens ad magiſtratus urbanos, qui plenam juriſdictionem non habebant. Quippe Romæ juriſdictio in multos magiſtratus diffuſa fuit, *l.* 2. *§. ergo* 34. *de orig. jur.* quorum omnium partibus proconſul in provincia fungebatur, ſalva magiſtratibus inferioribus ſua in municipiis juriſdictione; nec ordinariorum tantum, ſed etiam extraordinariorum, id eſt, qui de certis cauſis extra ordinem in urbe jus dicebant, quo in numero erant præfectus vigilum, & præfectus annonæ, *d. l.* 2. *§. & hac omnia* 33. *de orig. jur. l.* 3. *§.* 1. *de offic. præf. vigil.* & ita juriſconſultus hoc ipſe explicat.

2 Equidem non inficior, ſi vim verbi ſpectemus, poteſtatem cognoſcendi & judicandi de cauſis criminalibus juriſdictionem appellari poſſe, cum in confeſſo ſit etiam de his jus dici. Pomponius *l.* 2. *§. & quia* 23. *de orig. jur. De capite civis Romani injuſſu populi non erat lege permiſſum conſulibus jus dicere.* Sic apud Suetonium legimus Julium Cæſarem de repetundis, Auguſtum de parricidio, Claudium de majori fraude jus dixiſſe. Ac proinde docendi cauſa communem illam Doctorum diſtributionem tolerari poſſe, ut verba accipiantur eodem ſenſu, quo judicium aliud civile, aliud criminale dicitur. Ceterum in multis non idem ſemper verborum & verbalium uſus eſt; exempli cauſa, verba, paciſci, tranſigere, agere, conferre, &c. latiorem habere ſignificationem conſtat, quam verbalia, pactum, tranſactio, actio, collatio; & præſtat nos ſequi uſum auctorum juris.

3 Cur autem poteſtas de cauſis civilibus cognoſcendi ſola nomen juriſdictionis acceperit, ejus rei hanc eſſe rationem arbitror, quod olim magiſtratus urbani, penes quos dicebatur eſſe juriſdictio, tantum de cauſis civilibus cognoſcebant, poteſtatem autem cognoſcendi de criminibus, præſertim de capite civis Romani, populus ſibi reſervabat, eamque vel exercebat ipſe, vel aliis exercendam in cauſis ſingulis mandabat: de quo fuſius differemus paulo poſt.

4 Se-

4 Separemus itaque primum a juriſdictione imperium, quod dicitur merum, & interdum κατ᾽ ἐξοχὴν abſolute poteſtas, *l.3. hoc tit.* Merum imperium ſic dici exiſtimo cum Goveano in *d.l.3.n.*10.*Donell.lib.*17.*comm.*8. *Duar.*1. *diſp.*53. quia purum & per ſe ſolum eſt, alterius rei mixturam non habens; oppoſitive nimirum ad imperium, quod noſtri mixtum, & non merum appellant; quod ſcil. juriſdictioni cohæret, ſubſervit, ineſt, *l.*1. *§.ult. l.ult.§.*1. *de offic. ejus* &c. *d.l.3.hoc tit.* Scimus enim merum proprie dici de eo, quod purum eſt, & ſolum, ut in vino, quod aqua non eſt dilutum. Sic dicimus merum jus gentium, quod non eſt mixtum cum præceptis civilibus, *l.bona* 31. *pr. depoſ.* merum prætoris officium, id eſt, ſolum, *l.5. de verb.obl.* mera conditio in dando, mera conditio in faciendo, ad differentiam mixtæ ex utraque, *l.cum ſervus* 82. *verſ.ſed nos neque, de cond. & dem.* mera donatio, *l.Aquilius* 27. *de donat.* id eſt, pura & ſimplex, & ſimilia.

5 Merum imperium ſic a parte digniore deſcribit Ulpianus *d.l.3.* ut ſit habere gladii poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos: nimirum ſub poteſtate gladii, ut tum temporis fere ſolo gladio vita adimebatur, *l.8.§.*1. *ff.de pœn.* comprehendens etiam reliquos modos, quibus vita adimitur. Quod ſi huic deſcriptioni addideris, vel alterius cujuſque gravioris coercitionis, ex *l.nemo poteſt* 70. *de reg. jur. l.6. pr. ff. de offic. proconſ.* perfectior erit definitio. Nihil enim aliud eſt merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, ſive capite plectendi ſint ſummove afficiendi ſupplicio, ſive tollendi e numero civium metalli coercitione, deportatione, exilio, ſive relegandi, fuſtigandive: unde etiam tot gradus meri imperii recte ſtatuuntur, quot pœnarum in *l.capitalium* 28. *ff.de pœn. Zoſ. ad d.l.3. n.25. & ſeqq. hoc tit.* Sed nec pœnæ pecuniariæ a gradibus graviorum coercitionum plane excludendæ, per *l.4.ff.de interd.& releg.add.Pet. Fab.in l.nemo* 70.*de reg.jur.Coraſ.*3. *miſcell.*17.*Angel.Coſtal. Govean.Duar. in d.l.3.*

6 De condemnatione ad perpetuos carceres quæſitum eſt, an & illa meri ſit imperii. Reſpondeo, jure civili Romanorum hæc quæſtio ſupervacua eſt: quia hoc jure carcer cuſtodiæ, non pœnæ cauſa, ad continendos, non ad puniendos homines habetur, *l.8.§.ſolent* 9. *ff.de pœn.* licet cuſtodia illa interdum verbo pœnæ ſignificetur, ut in *l.3. de cuſt. reor.* Imo expreſſe vetitum aliquem condemnari ad perpetuos carceres, *l.mandatis* 35. *ff.de pœn. l.6. C.eod.* Jure autem Canonico, quod mores hodierni ſequuntur, id permiſſum eſt, *c.*12. *de hæretic. in* 6. *c.3. de pœn. in* 6. hoc vero jure, quoniam pœna perpetui carceris proxima eſt ultimo ſupplicio, eam ad merum imperium pertinere dicendum eſt, ſpeciemque eſſe gravioris coercitionis, *add. Damhoud. prax. crim. c.6.*

7 Exercitio meri imperii ad bruta quoque animalia extenditur: non tamen principaliter & directe, ſed quatenus delictum hominis conjunctum, ad abolendam rei memoriam, *Levit.*20. *cap.mulier cauſ.*15. *quæſt.*1. & ma-

terialiter

terialiter ratione ipſius facti, non formaliter; quoniam in beſtias proprie nec delictum cadit. Quo pertinet, quod lex Divina *Exod.21.* bovem, qui occidit hominem, lapidibus obrui jubet: quod magis fit, ne oculos hominum offendat conſpectus iſtius beſtiæ, quam ut ſit pœna, *Joh.Selden. de jur.nat. & gent. lib.1. c.4.* & denique in pœnam hominis, ut cum beſtiæ cum parricidis culeo inſuuntur: quod tamen beſtiarum reſpectu vere pœna non eſt, ſed uſus tantum dominii humani in beſtias, *Grot. lib.2. de jur.bell. & pac. c.21. n.11.*

8 Extenditur & ad noxiorum hominum cadavera in enormi delicto, *Bart.& DD. in l.ult. ff.de ſepulc.viol. & tit. de cadav.punit.* pœnæque rationem hoc habet, quatenus exemplo utile. Ceterum ſecundum jus ſcriptum hic ita diſtinguendum videtur: aut pœna ante mortem inchoata eſt in reo, aut non eſt: priore caſu pœna etiam perdurat in cadaveribus. Nam eorum, qui ultimo ſupplicio affecti ſunt, cadavera non ſepeliuntur, niſi & petitum & permiſſum fuerit, *l.1. ff.de cadav. punit.* nec eorum, qui in inſulam deportati ſunt, cadavera licet inde transferre, *l.2. d. tit.* Poſteriore caſu crimina morte extinguuntur, *l.3.l.6.de publ.jud. l.ult. ff.ad leg.Jul.maj.ſt. l.ex judiciorum 20.ff.de accuſ.* Itaque hic pœna criminis poſt mortem rei inchoari nequit: Excipiuntur judicia majeſtatis, & repetundarum, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum eſt, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fiſco vindicentur, *d. l.20. de accuſ. d.l. ult. ad leg.Jul.maj. l.ult. C.eod.* Et ex hac igitur cauſa etiam cadavera mortuorum ignominia affici poſſunt. Ratio eſt, quia cum pœnæ irrogandæ duplex ſit cauſa, correctio delinquentis, & perterrefactio aliorum, cum pœna in exemplum irrogatur, licet prior ceſſet, altera tamen hic locum habet, quæ exemplo utilis. In praxi autem etiam ad alia atrocia ſcelera hoc tractum eſt, *Gomeſ.3. reſol. n.78. & 79. Clar. lib.5. §.fin. quæſt.51. n.15. Farinac. var. quæſt.10. n.77. & ſeqq. cum ibid.allegat.*

9 Illud notandum eſt, appellatione meri imperii non tantum contineri jus animadvertendi in reos criminum, ſed etiam jus de cauſis criminalibus cognoſcendi & judicandi; perperamque hæc a nonnullis ſeparari, ut perſpicue apparet ex *l.6. pr.de offic.proconſ.* ubi Juriſconſultus ait cuſtodiarum audiendarum mandatum eſſe extraordinarium; neminem enim poſſe gladii poteſtatem ſibi datam ad alium transferre. Et illi ipſi tantum, non alii, de criminibus cognoverunt, quibus jus coercendi datum, præſides nimirum, proconſules, præfectus urbi, præfecti prætorio: ac procul dubio Ulpianus in *l.3. hoc tit.* ſub poteſtate animadvertendi etiam cognitionem comprehendit. Quod autem olim extra ordinem a proconſule legatis mandabatur, ut cauſas etiam criminales (quod de levioribus accipio) audirent, & reos præauditos ad ſe remitterent, qui aut innocentes liberaret, aut nocentes condemnaret puniretque, id quidem poſtea cœpit eſſe juris ordinarii, ſed ex ſpeciali conceſſione Conſtantini, *l.un. C. de offic.proconſ.* Nec obſtat exemplum cauſarum civilium, in quibus cognitio & judicatio, tan-

quam

quam nuda notio, ſeparata eſt ab executione, quæ ad mixtum imperium pertinet; quaſi & in criminalibus cauſis cognitio, tanquam notio quædam criminalis ſeparanda ſit ab executione, quæ ſola ſit meri imperii. Nam in cauſis civilibus imperium mixtum venit acceſſorie, atque extrinſecus aſſumitur propter contumaces & nec obedientes ſententiæ judicis: quippe in his cauſis juriſdictio tota poſita eſt in cognitione & ſententia, cujus tuendæ atque exequendæ gratia imperium mixtum comparatum eſt, *l.ult.* *§.1. de offic. ejus cui*, &c. Criminalium vero cauſarum longe alia ratio eſt; utpote quæ ſola ſententiæ dictione terminari non poſſunt, nec crimina ſine executione coerceri: unde tota criminalium cauſarum tractatio nomen ſibi aſſumſit meri imperii.

CAP. II.

De iis, quæ præcipue circa merum imperium quærenda.

SVMMARIVM.

1 *Merum imperium qui olim habuerint ante & poſt quæſtiones perpetuas conſtitutas.*
2 *Ordinem judicum in decurias deſcriptorum diſcretum fuiſſe a conſilio centumvirali.*
3 *Prætorem non eſſe eundem, qui judex quæſtionis.*
4 *Qui poſt Principem conſtitutum merum imperium habuerint, & n.5. ubi quædam notabilia de præfectura urbana.*
6 *Non omnes, qui merum imperium habent, poſſe quasvis pœnas irrogare.*
7 *Officium & poteſtas præfecti prætorio ut tempore variaverit.*
8 *Apud nos quinam in municipiis aut agris merum imperium exerceant.*

HOc cognito, quid ſit merum imperium, & quibus in rebus conſiſtat, tria adhuc potiſſimum quærenda, quinam illud imperium habeant; an ab eo, qui habet, alii mandari poſſit; & poſtremo, ſoline ei, qui ſummam in republica poteſtatem habet, jure proprio illud competat, an etiam magiſtratibus, quibus id conceſſum.

1 Olim nulli magiſtratui in urbe jus erat arbitrio ſuo in civem Romanum animadvertendi, ſed populus hoc jus ſibi reſervarat, & ut quæque inciderent crimina, ita de iis aut ipſe cognoſcebat, aut aliis eam cognitionem mandabat, quod & aliquando a Senatu factum legimus, *Liv. lib.*39. At poſt quæſtiones perpetuas conſtitutas, quod factum eſſe Cenſorino & Manilio Coſſ. ait Cicero in *Brut.* anno ab urbe condita 605. ſeptuaginta annis ante quam Sylla tyrannidem Romæ exerceret, prætores ordinarii creati ſunt, qui cum quæſitore & judicibus ex ordine equeſtri & ſenatorio

rio ſelectis de cauſis criminalibus cognoſcerent, de quibus non videbatur extra ordinem quærendum eſſe, ut repetundis, ambitu, majeſtate, peculatu. Nam propterea quæſtiones perpetuæ dicebantur, tum quod lege erat præſcripta quædam forma perpetua judicii de his rebus exercendi, ut nova ſemper lege opus non eſſet; tum quod annuam provinciam de his quæſtionibus exercendis illi prætores peragerent, non quemadmodum antea fieri ſolebat, cum ita caſus tuliſſet, ut quærendum videretur, tum crearetur, qui quæreret, ſtatimque hoc abſoluto judicio poteſtatem de eadem re quærendi non haberet. Quod ſi tum quoque aliquid accidiſſet, de quo extra ordinem primo quoque tempore propter criminis gravitatem aut novitatem quærendum videretur, ad populum ferebatur, ut quem vellet, de ea re quærere juberet: ac tum veteri more creabatur quæſtor parricidii, ſicut lege Pompeja extra ordinem populi ſuffragio creatus eſt quæſtor L. Domitius Ahenobarbus, qui de vi, cujus Milo poſtulabatur, quæreret.

2 Ordo autem ille judicum in decurias deſcriptorum, cujus modo facta mentio, diſcretus erat a conſilio centumvirali. Nam centumviralia judicia non publica, ſed privata erant, ut conſtat ex enumeratione cauſarum centumviralium apud Cicer. *in Brut.* Scævola *l. Titia 13. de inoff. teſt.* querelam inofficioſi teſtamenti, Imperator *l. ult. C. de petit. hered.* petitionem hereditatis centumvirale judicium vocat. At apud ſelectos illos judices tantum quæſtiones publicæ, id eſt, cauſæ publicorum judiciorum agitabantur: idque non in baſilica, ubi centumviri judicabant, ſed in foro. Prætoris hic non aliæ partes, quam ut eos judices cogeret, eorumque ſortitionem & ſubſortitionem faceret ex iis decuriis, quibus judicandi tum munus incumbebat: reliqua, quæ ad cauſæ cognitionem pertinebant, abſolvebat judex quæſtionis ſorte a prætore ex numero judicum creatus, qua cognita judices ſententiam ferebant. Judex quæſtionis Ciceroni quæſitor, Aſconio *Verrin. 3.* princeps judicum dicitur.

3 Non erat igitur ipſe prætor, ut putat Budæus in *l. ult. ff. de ſenat.* ſed alius ab eo. In judicio Oppianici prætor erat C. Verres, judex quæſtionis C. Junius. In judicio Cluentii prætor Q. Naſo, quæſitor Q. Voconius. In judicio Verris de repetundis prætor M. Glabrio, judex quæſtionis Q. Curtius, ut indicat Cicero *in fin. 3. in Verr.* conſulantur Carolus Sigonius, Nicolaus Gruchius, & alii antiquitatis periti ſcriptores. Enimvero etiam ſtante adhuc republica certum eſt merum imperium habuiſſe magiſtratus, qui cum faſcibus & ſecuribus in provincias mittebantur, veluti conſules, proconſules, prætores, proprætores: atque id ſpeciali lege his tribui ſolitum.

4 Conſtituto Principe in urbe animadverſio criminum præfecto urbi conceſſa, & præſidibus in provinciis, in quas a Principe mittebantur. Atque omnino veriſimile eſt, hos non ſpeciali aliqua lege populi, ſed ex ipſa creatione merum imperium habuiſſe. Quod autem ad proconſules attinet, quos ſenatus in provincias ſibi populoque relictas mittebat, vetus ratio

Digitized by Google

fortaſſis aliquamdiu adhuc manſit, ut ſpeciatim de eorum imperio lex ferretur. Quid ſi dicamus de horum omnium magiſtratuum imperio ſemel legem aut conſtitutionem promulgatam, quæ in creatione ſingulorum repetita cenſeretur? *Cabot* 2. *diſp.*2. *Scip.Gentil.*3. *de juriſd.*20. *&* 25.

5 Igitur ſub Principibus merum imperium Romæ habuit præfectus urbi, *l.*1. *de offic. præf.urb.* prætores urbani non habuerunt: unde illa tutorum & curatorum, qui ſeveriore animadverſione indigebant, ad præfecturam urbanam remiſſio, *l.*1. *§.ſolent* 7. *d.tit. l.*3. *§.ſed ſi* 15. *ff. de ſuſpect. tut.*Præfectus urbi olim pro regibus aut magiſtratibus juri dicundo conſtituebatur ad tempus, illis urbe profectis ad bellum, vel ad provincias ſuas. Poſt cœpit conſtitui ad paucos dies tantum, quoad ſolenne ſacrum Latinarum feriarum rite peragеretur, quod Varro numerat inter annales ferias, *lib.*5. *de Ling.* Primus Auguſtus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teſte Tacito *lib.*6. *Annal.* Auxit deinde poteſtatem hujus magiſtratus Divus Severus, dataque præfecto cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, ſed etiam in Italia uſque ad centeſimum ab urbe lapidem, *d.l.*1. *de off.præf.urb.* Idem imperium in provinciis habuerunt præſides, *l.*6. *§.pen. ff.de offic.præſid.* item proconſules, *l.*6. *ff.de offic.proconſ.*

6 Ceterum hi non habuerunt poteſtatem pœnas quaſvis irrogandi. Nam ecce præſes provinciæ jus gladii habuit, & in metallum damnandi poteſtatem, *d.l.*6. *§.pen. de offic. præſid.* deportandi tamen in inſulam jus ei datum non eſt, *l.*6. *§.*1. *ff.de interd. & de releg. l.*1. *§.*3. *ff.de legat.*3. De proconſule idem ſentio: nam id genus pœnæ, ut ſpeciale & in libera republica non uſurpatum, principem ſibi reſervaſſe credibile eſt. Itaque argumentum a majori ad minus hic non procedit, ut notant Doctores in *l.non debet* 21. *de reg.jur. Cujac.in l.notionem* 99.*de verb.ſig.* quoniam ſingula, quæ ad merum imperium pertinent, niſi ſpecialiter conceſſa non competunt, *l.*1. *de offic.ejus cui* &c. Præfecto autem urbis nominatim ac ſpecialiter jus quoque deportandi a Principe datum, *l.*2. *§.*1.*ff.de pœn.d.l.*1. *§.*4. *de legat.*3. Imperium merum, & quidem pleniſſimum habuerunt quoque præfecti prætorio, *d.l.*1. *§.*4. *de legat.*3.

7 De officio præfecti prætorio, unde hujus magiſtratus initium & progreſſus, Arcadius Chariſius in *l.un. de offic. præf. præt.* Videtur autem hic magiſtratus tempore poſteriorum Imperatorum in officium plane civile degeneraſſe, cum ex inſtitutione prima militare tantum fuerit, ut ex *Dione lib.*55. *Sueton. in Auguſt.Arcadio d.l.un.* & aliis conſtat. Tanta vero auctoritas præfectorum prætorio fuit, ut a ſententiis eorum provocare non liceret, ſolumque concederetur ſupplicatio, *d.l.un. §.*1. *l.un. C.de ſent.præf. præt.* Itaque nunc recte præfecturas appellare poſſumus, quæ Galli *parlamenta*, curias nimirum ſupremæ juriſdictionis ſive provocationis ultimæ, *cours ſouveraines, hooge collegien van Juſtitie, daar van geen appel en valt, hoe vvel ſupplicatie*, aut, ut nunc loquimur, *reviſie*.

8 Hodie in municipiis idem fere magiſtratus, quorum eſt juriſdictio, etiam

etiam merum imperium habent : at in agris , *ten platten lande* , ſcabini juriſdictionem tantum habent , merum imperium exercent , qui noſtratibus dicuntur *VVelboremannen* ; hoc eſt , illi de cauſis civilibus duntaxat , hi de criminalibus cognoſcunt .

CAP. III.

An meri imperii exercitio mandari poſſit ?

SUMMARIUM.

1 *Meri imperii exercitionem mandari non poſſe .*
2 *Excipitur cauſa neceſſariæ magiſtratus abſentiæ : neque ea reſtringenda ad judicium legis Juliæ de vi .*
3 *Male nonnullos excipere & eum , cui princeps cauſæ criminalis executionem commiſit : ubi de ſententia* l.un. C.qui pro ſua juriſd.
4 *An jure Can. imperium merum delegabile .*
5 *Reges Siciliæ , Neapolis , Arragoniæ , Principes, Duces* &c. *Germaniæ habere imperium merum non tanquam ſibi mandatum , ſed a ſe & ut ſuum . Neque quo minus veri principes ſint, impedire obligationem fidelitatis* &c. & n.6.
7 *Quid in toparchis ſeu dominis territorii .*

1 NEminem poſſe jus gladii vel alterius coercitionis ſibi datum ad alium transferre , nec mandata juriſdictione imperium merum , quod lege datur, tranſire, tot locis & tam perſpicue traditum eſt, ut mirum ſit reperiri, qui contradicant, *l.1.pr. & §.1.de offic.ejus cui mand. l.6. pr. de offic.proconſ. l.nemo poteſt 70. de reg. jur.*

2 Una exceptio eſt , ſi is, cui hujus imperii exercitio obtigit, neceſſario abeſſe cogatur, *d.l.1. pr.* Idem tamen Doctores communiter ſtatuunt in cauſa infirmitatis tali , quæ impediat , quo minus magiſtratus officio ſuo fungatur ; quod & rationem habet, *Bart. & DD. in l.3. hoc tit.* Sunt qui hanc exceptionem reſtringunt ad judicium publicum legis Juliæ de vi , quia hujus ſolius in *d. l.1.* meminit Juriſconſultus , *Broncborſt. aſſert.16.* quod non placet : nam eadem ratione dicendum eſſet, nec regulam ad alia crimina pertinere. Et cur non idem admittamus in cauſa adulterii , peculatus , repetundarum &c. aut ſi in his admittimus, cur non etiam in cauſa homicidii ? An quia gravius puniuntur ſicarii lege Cornelia , quam lege Julia alia illa crimina ? Atqui vis publica non minus ſevere vindicatur lege Julia , quam homicidium lege Cornelia , ut patet ex collatione *l.5. §.2. l.qui dolo 10. §.ult.& l.ſeq. ad leg.Jul.de vi publ.* cum *l.3.§.pen.ad leg.Corn. de ſicar.*

3 Afferunt & aliam exceptionem plerique interpretes , in eo ſcilicet , cui

cui princeps ſpecialiter cauſæ criminalis executionem commiſit, *arg. l.un. C. qui pro ſua juriſd. & ibi Gloſſ. Bart.Bald.Cuman.Angel.Alexand.lib.2. conſ.106. num.20. Corn.conſ.24. colum.ult.* & alii, quos laudat & ſequitur *Menocb. lib. arb. jud. quæſt.54.* Sed perperam: quia conſtitutio iſta utique reſtringenda eſt ad cauſas natura ſua delegabiles, id eſt, civiles, argumento inſcriptionis tituli. Et falluntur, qui putant hac explicatione admiſſa, fore, ut novæ iſtius conſtitutionis ſive edicti ad præfectum prætorio miſſi promulgatio otioſa ſit & ſupervacua: ſiquidem, ut textus ipſe oſtendit, præcipue pertinet conſtitutio ad magiſtratus delegantes cauſas non ſuæ juriſdictionis, cujuſmodi delegatio vetatur. Excipitur autem delegatus a principe, cui ſoli hoc conceditur, ut etiam cauſas alienæ juriſdinis, quarum cognitio ei mandata, delegare poſſit, & poſſit etiam perſonis alterius juriſdictionis. Itaque his verbis, *nullo perſonarum cauſarumve habito tractatu*, ſub finem poſitis, hoc tantum ſignificatur, poſſe delegatum principis cauſas quasvis (intellige civiles & delegabiles, quæ & ipſæ infinitæ & variæ) delegare quamvis alienæ ſint juriſdictionis &c. quod in principio conſtitutionis aliis denegatum erat. Ita ferme & olim *Alberic. in d.l.un. n.5. Salic. n.7. Caſtr. n.9. poſt Cyn. Jac. de Aren. Oldrad.* Plures etiam citat *Gilken. in d.l.un.n.3.* In legato proconſulis tanquam vicarius a ſenatu εἰς βοήθειαν teſte Appiano *lib.1.de bell.civil.* adjungebatur, ſpeciale fuit, atque extraordinarium, quod ei cuſtodiarum cognitio mandari potuit, *l.6. pr.de offic. proconſ.* A Conſtantino autem jus audiendi cauſas criminales ei etiam nominatim datum, *l.unic. C.eod.*

4 Sunt, qui jure canonico imperium quoque merum delegabile eſſe cenſent, *Longoval. in repet. l.3. hoc tit. par.3. c.4. Alexand. Coſtal. Buſ.in l.1. de offic.ejus cui mand.* ſed nullum textum e jure iſto proferunt, qno id aperte probetur. Dicitur quidem in *c.fin. ne cler. vel monach. ſecul.negot*, poſſe Epiſcopum aliumve prælatum temporalem juriſdictionem habentem delegare cauſas ſanguinis: ſed quis non videt hoc eſſe ſpeciale, cum ipſis clericis cauſas hujuſmodi agitare non liceat? quod & ibidem adjicitur. Illud quoque, quod ex *c.in archiepiſcopatu, de raptor.* afferunt, proponi illic Regem Siciliæ cauſas criminales delegaſſe, qui tamen beneficiarius ſit ſedis Romanæ, *Clement. paſtoralis, de ſent.& re jud.* nihil eſt.

5 Nam Rex Siciliæ non habet merum imperium ab alio, ut illud nudi habent magiſtratus; ſed a ſe tanquam princeps ſupremam in regno ſuo habens poteſtatem. Quamvis enim jure feudi Pontificem agnoſcat, verus tamen Rex eſt & princeps omnia jura habens in ſubditos, quæ principibus conveniunt, *add. Covar.3. reſol.20. Pacbin.9. contr.99.*

6 Similiter quod de Principibus, Ducibus & Comitibus imperii Germanici affertur, non eos ipſos de cauſis criminalibus cognoſcere, ſed aliis harum rerum cognitionem mandare, ex eo non recte colligitur, merum imperium poſſe hodie delegari. Nam principes iſti non habent imperium merum, tanquam mandatum ſibi, ſed tanquam ſuum & proprium: neque enim

Digitized by Google

enim ſunt nudi magiſtratus, ſed quaſi reges in ſuis ditionibus jus regalium habentes, quo jure & magiſtratus creant: ac proinde nec recte dixeris eos mandare merum imperium, non magis quam princeps Romanus olim dicebatur id mandare, cum præſidem creabat, *Scip. Gentil. lib.3. de juriſd. c.23. & 29.* Enimvero, quominus hi Principes ſint, non impedit fidelitatis aut tributi alteri præſtandi obligatio, dummodo jura majeſtatis habeant: nam feudum cenſusve præſtatio non adimit iis ſupremam poteſtatem, quam in ſubditos habent, eamque continuo transfert in eum, qui jus feudi vel tributi habet: ſed cum eo nihil habet commune. Sic hodie licet Turcarum Imperator tributum a principe Tranſilvaniæ accipiat, nihil tamen juris in ſubditos ejus ſibi vindicat. Regna Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ feuda ſunt ſedis Romanæ, adeoque ſi Pontificiæ conſtitutioni credimus, ipſum quoque imperium Romanum, quale nunc eſt, ex fide Romani Pontificis pendet, *Clement. un. de jurejur.*

7 Poſtremo nec toparchæ ſeu domini territorii, quibus a Principe in feudum conceſſum eſt jus meri imperii, *hooge juriſdictie ofte halsheerlijkheit*, cum alios conſtituunt, qui vice ſua de criminibus cognoſcant, non eſt ea tam ſimplex cauſarum criminalium delegatio, quam quædam magiſtratuum & judicum criminalium pro poteſtate a Principe accepta, creatio. Eos autem, qui nudi duntaxat magiſtratus ſunt, verbi cauſa, Scabinos in oppidis, hodieque imperium quod habent, mandare aliis non poſſe ſatis notum eſt: atque ut nunc mores ſunt, ne cauſarum quidem civilium cognitionem.

CAP. IV.

Soline principi iisve, qui ſummam in repub. poteſtatem habent, merum imperium jure proprio competat, an etiam magiſtratibus, quibus id conceſſum?

SUMMARIUM.

1 *Lotharii ſententia contra Azonem defenſa.*
2 *An merum imperium ſit jus vitæ ac necis, & an idem, quod ſummum,* & num.3.
4 *Aperitur via ad conciliandum cum Lothario Azonem,* & n.5.

HÆc quæſtio olim agitata fuit Bononiæ ab hinc annis fere quadringentis inter Azonem & Lotharium, maximi tunc nominis juriſconſultos, coram Imperatore Henrico Lucenburgenſi Frederici Secundi filio. Uterque ex ſponſione equum apud ſequeſtrem depoſuerat. Azo contendebat,

debat, non ſolum principem, verum etiam magiſtratus merum proprio jure habere imperium. Lotharius contra ſolum id jus habere principem: magiſtratus autem ex conceſſione nudum duntaxat ejus juris exercitium, jure ipſo apud Principem remanente. Imperator auditis utrinſque partis argumentis ſecundum Lotharium pronuntiavit. Quamvis autem hoc decretum Principis legis vim habere debuerit, *l.1. §.1. de conſtit. princip.* tamen Doctores inſequentes Azonis ſententiam magis probaverunt, quaſi Imperator non ex rei veritate, ſed favore ſuæ cauſæ ita judicaſſet. Unde natum eſt illud vulgatum, Lotharius iniquum dixit, & equum abſtulit: Azo æquum dixit, & equum perdidit, *Zaſ. in l.3. n.36. hoc tit.*

1 Ceterum cauſam Lotharii rurſus ſuſcepit Alciatus *lib.2. paradox. cap.6.* & poſt eum etiam recentiorum magnæ parti ſententia Lotharii probabilior viſa eſt; eamque & ipſe veriorem eſſe exiſtimo, utique ſi ſpectemus rationem juris civilis Romanorum. Etenim Principes Romani non tam ipſum jus meri imperii concedere ſoliti fuere, quam hujus juris uſum atque excercitionem, *l.1. ff.de off.ejus cui mand.* non ut hoc imperium haberet magiſtracus tanquam proprium & ſuo jure, uti ſuo jure habet juriſdictionem, *l.5.ff.hoc tit.* Sed tanquam delegatum: quam ob cauſam nec aliis mandari ab eo, cui exercitio obtigerat, potuit, *d.l.1. pr.& §.1.de off. ejus cui*; quod licuiſſet, ſi id jure habuiſſet proprio, *arg.d.l.5.hoc tit.* Non obſtat, quod morte Principis non finitur merum imperium in perſona ejus, cui id conceſſum. Nam Princeps jure regalium magiſtratus creat, & tanquam lex quædam imperium ejuſque exercitionem iis defert, non ſimpliciter mandat exercendum: alias certe morte mandantis extingueretur, ſicut juriſdictio a magiſtratu mandata morte mandantis extinguitur, *l.6.hoc tit.* lex autem non moritur.

2 Afferunt alii & hanc rationem, quia merum imperium ſit jus vitæ ac necis: hoc autem non niſi ejus proprium ſit, qui jura majeſtatis habet, ſive illa jura ſint apud unum, ſive apud plures, ſive apud univerſum populum. Curtius *lib.4.* *Et cum in regali ſolio reſidebis vitæ neciſque omnium civium dominus.* Cujus poteſtatis inſigne apud Romanos eſſet pugio ſive gladius. Tacitus *lib.3.hiſtor. Vitellium ſolutum a latere pugionem Cæcilio Simplici in concione reddidiſſe, tanquam jus vitæ & necis*, &c. Ceterum quoniam illi, qui principatum obtinent, ipſi vacare exercitioni meri imperii non ſemper poſſunt, ideo hoc exercitium cum cauſæ cognitione aliis delegari ſolitum, *arg.l.2. §.exactis 16. §.& quia 23. de orig. jur.* Addunt porro & hoc, quod quemadmodum ſolius principis eſt pœnam remittere, *l.4. ff.de pœn. l.1. & paſſ. C.de ſent. paſſ.* Auguſt. *de fato*; *Imperatori ſoli licet revocare ſententiam, & reum mortis abſolvere, & ipſi ignoſcere*; ita & ſolius Principis proprium ſit punire, *arg.l.nemo 37.de reg.jur.* Jam vero quia perraro accidit, ut nocentibus venia detur, ideo hoc jus principem ſibi reſervare, nec ulli concedere: at contra quia ſontes plerumque

que

que puniuntur, idcirco jus animadvertendi certis magiſtratibus mandare ſolitum.

3 Verum ego hæc non uſque adeo magni æſtimo, imo falſum arbitror, quod ajunt imperium merum eſſe jus vitæ & necis. Nam qui magiſtratus merum imperium habent, nihil aliud habent, quam poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos, & abſolvendos innocentes: ac proinde quid juriſdictionale, ſeparatum ab iis, quæ jura majeſtatis proprie dicuntur: at jus vitæ ac necis, damnatos morti eximere, pœnam remittere, pars eſt juris regii ac majeſtatis, quod ſummum imperium non merum, dicitur, neque cum alio communicatur: quanquam interdum fit, ut cum jura majeſtatis apud plures ſunt, poteſtas condonandi delicti tribuatur uni, ſicut noſtri Ordines id tribuerunt Principi Auriaco. Utique merum imperium cum ſummo confundi non debuit: non meri, ſed ſummi imperii ſunt, leges condere, magiſtratus creare, bellum inferre, pacem facere, &c. nec puto apud ullum idoneum auctorem reperiri poſitum merum imperium, pro ſumma in republica poteſtate.

4 Diſputamus autem hic de more Romanis uſitato, non de poteſtate Principis. Nemo enim eſt, qui neſciat poſſe Principem eumve, qui alio nomine ſummam reipub. tenet, non modo quoad uſum nudumve exercitium alicui merum imperium concedere, verum etiam ita, ut illud tanquam proprio jure habeat, atque aliis quoque mandare queat. Quinimo poteſt Princeps alicui merum imperium concedere jure patrimonii, ita ut id etiam in bonis ejus reputetur, aliiſque illud vendere & heredibus relinquere poſſit, ſicut hodie juriſdictio etiam criminalis in feudum data patrimonialis eſt. Poteſt & ex contrario Princeps ea, quæ ſunt juriſdictionis, & ad cauſarum civilium duntaxat cognitionem pertinent, ſibi reſervare: quemadmodum initio civitatis omnia manu a Regibus gubernabantur, *l.2.§.1. de orig. jur.*

5 Atque eo fortaſſis etiam reſpexit Azo, dum eum quidem ſolum, qui principatum in republica tenet, concedit habere jura majeſtatis, eaque ſoli ſibi reſervare: ceterum judicialia & juriſdictionalia cum his confundenda non eſſe contendit, cujus generis quoque ſit merum imperium. Nam etſi omnium magiſtratuum poteſtas & juriſdictio a Principe tanquam a fonte promanat, tamen hæc diverſimode magiſtratibus concedi poſſe & ſolere, vel ut tanquam jure quodam proprio ea habeant, aliiſque eadem mandare poſſint, quali jure olim juriſdictionem & juriſdictioni cohærens imperium Romani magiſtratus habuerunt: vel ut tanquam nudam exercitionem juris alieni, ſine poteſtate alteri ea mandandi, ut olim cognitio & executio criminum, id eſt, merum imperium lege vel ſenatuſconſulto delegabatur, *l.1. de off. ejus*, &c. vel denique ut aliquis hæc habeat etiam jure patrimonii. Atque ita Azonis ſententia indefinite citra conſiderationem juris Romani accepta, vera eſt.

CAP. V.

Cap. V.

De Juriſdictione, quam vocant ſimplicem.

SUMMARIUM.

1 Notionis verbum de cauſis omnibus promiſcue prædicari, iiſque etiam attribui, qui juriſdictione carent.

2 Juriſdictio nulla ſimplex, ſi conſideretur in concreto.

3 Vocem juriſdictionis & ſtricte accipi & late, tum quæ qua ſignificatione comprebendatur.

4 Specialiter conceſſa dici & ea, quæ ſub nomine officii tribuuntur.

5 Definitio juriſdictionis in genere acceptæ, cum accurata exegeſi.

Nunc de juriſdictione videamus, prout ea vox in uſu juris ſumitur, mox etiam dicturi de imperio mixto, quod juriſdictioni cohæret: ſed prius aliquid de verbo Notionis dicendum eſt.

1 Notionis nomen latiſſimum eſt: nam & in civilibus cauſis & in criminalibus uſurpatur. Prætoris notio eſſe dicitur, utrum actio danda, an deneganda ſit, *l.ult. in fin. de obl.& act.* item cum de alimentis teſtamento relictis tranſactio interponitur, *l.8. §.1. de tranſact.* cum diſceptatur, utrum qui filius eſſe dicitur, in poteſtate ſit, nec ne, *l.3. §.hoc autem 3. de lib. exhib.* At in *l.1. §.initio 4. de offic. præfect. urb.* notio ad cauſas criminales & capitalem animadverſionem refertur, & apud Hermogenianum in *l.ex omnibus 10. ff.de offic. præſ.* ad cognitionem cauſarum civilium & criminalium promiſcue. Sed & ad eos quoque refertur, qui neque imperium, neque juriſdictionem habent: nam Ulpianus in *l.notionem 99. de verb. ſign.* ſcribit notionem ſic accipi poſſe, ut & juriſdictio & cognitio intelligatur, videlicet, ſine juriſdictione, ac proinde cum auctor edicti de re judicata dixiſſet, *cujus de ea re juriſdictio eſt*, idem Ulpianus in *l.5. de re jud.* melius, inquit, dixiſſet, cujus de ea re notio eſt. Etenim notionis nomen, ait, etiam ad eos pertinet, qui juriſdictionem non habent, ſed habent de quavis alia cauſa notionem; notionem nimirum nudam, id eſt, cognoſcendi & judicandi poteſtatem duntaxat, ſine jure ſententiam, quam dixerunt, exequendi; qualis fuit judicum a magiſtratu datorum, *l.a Divo 15. pr. ff.de re judic.* Itaque quamvis judices dati notionem habuerint, juriſdictionem tamen non habuerunt, quia ſententiam ſuam non potuerunt exequi, *d.l.a Divo*.

2 Dices ſententiam exequi non eſſe actum ſimplicis juriſdictionis, ſed mixti imperii, quod juriſdictioni cohæret. Fateor. Sed nego ullam eſſe juriſdictionem ſimplicem, ſi eam in concreto conſideremus, ut a magiſtratu habetur: quoniam nullus eſt magiſtratus ſine imperio, cujus vi juriſdictionem

ctionem ſuam tueatur, atque explicet, *l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus* &c. *l. 2. ff. hoc tit.* At ſi conſideretur in abſtracto, vix eſt, ut juriſdictio aut actus juriſdictionis diſcerni poſſit a nuda notione actuve nudæ notionis, quam judex pedaneus habet; utique in cauſis juriſdictionis contentioſæ; excepto eo, quod judicem dare non nudæ notionis, ſed juriſdictionis eſt, *l. 3. in fin. ff. hoc tit.* Ex his jam intelligere poſſumus notionem & generis nomen eſſe, ſub quo & juriſdictio comprehendatur, & ſpeciei juriſdictioni oppoſitæ.

3 Juriſdictio duobus modis accipitur. Primo modo anguſtius & ſtricte pro ea poteſtate, quam quiſque magiſtratus ex natura officii ſui habet, ſive propter eam ab initio creatus ſit, ſive eam obtineat more majorum: ut ecce, Prætor initio conſtitutus eſt ad hoc, ut de cauſis privatis inter civili judicio contendentes jus dicat: more hoc ei conceſſum, ut privata judicare jubeat. Proprie igitur dicitur prætori competere vi juriſdictionis ſuæ, ſive, quod idem valet, jure ſui magiſtratus, & more majorum, ut privata judicet, aut judicare jubeat. Secundo modo paulo latius, ut ea quoque comprehendat, quæ ad juriſdictionem magiſtratus proprie & more majorum non pertinent, aut ad id, propter quod initio creatus eſt, ſed ſpecialiter magiſtratui poſtea ſunt conceſſa; utpote qua conceſſione, tanquam acceſſione quadam novæ auctoritatis jus officiumque magiſtratus, & juriſdictio ejus plenior facta ſit atque auctior: cujuſmodi verbi cauſa jus eſt tutoris dandi poteſtas, quam Ulpianus *l. muto 6. §. 2. ff. de tutel.* negat eſſe juriſdictionis; nempe ſtricte & proprie acceptæ, veræ & germanæ: quia tale jus non eſt ex eorum genere, quæ vi juriſdictionis ſuæ aut more majorum magiſtratus habet, ſed quæ ſpecialiter Magiſtratibus quibuſdam lege, vel ſenatuſconſulto, aut a Principe data ſunt, & quæ niſi nominatim tributa eſſent, magiſtratui non competerent.

Recte tamen dixeris jus dandi tutores pertinere ad officium & juriſdictionem ejus, cui hoc conceſſum eſt, idque eum habere jure ſui magiſtratus, ſi vocem juriſdictionis & juris magiſtratus paulo latius, ut diximus, accipias, nempe pro eo etiam jure, quod ex adventitia illa & ſpeciali poteſtate magiſtratui competit, ſive jure extraordinario, *arg. l. 1. ff. hoc tit. l. 8. §. ſed nec 18. ff. de transactionib. l. 3. de poſtul. l. 3. §. ſed etſi 5. ff. judic. ſolv. §. ſed hoc jure 4. Inſt. de Attil. tut.* De ſimilibus idem judicium eſto. Mire in hujus rei explicatione variant *DD. in l. 1. hoc tit. in d. l. 6. §. 2. de tutel. & d. §. 4. Inſtit. de Attil. tut. Don. 7. comm. 2. Coraſ. 5. miſc. 24. Bellon. 1. ſupput. 2. Muſcorn. tract. de juriſd. n. 167. Gentil. lib. 1. de juriſd. ad orat. D. Marci c. 1.*

4 Illud hic obſervandum eſt, lege aut ſenatuſconſulto concedi non tantum ea dici, quæ in cauſis ſingulis ſpecialiter ſingulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: ſed etiam quæ in univerſum tribuuntur, & ſub nomine officii, puta prætori, præſidi &c. *l. 1. l. 3. ff. de tut. dat. ab his.* Hodie tutoris dationem eſſe juriſdictionis ordinariæ notant *Mynſ. ad §. nos autem*

*5.Inſt. de Attil. tut. n.*11. *& Vult. ad eund.tit. n.*10.

5 In latiore autem illa ſignificatione accepta juriſdictio ſic deſcribatur. Juriſdictio eſt poteſtas juris dicundi in cauſa civili publice data aut permiſſa. His definitionis verbis, *juris dicundi in cauſa civili*, ſignificatur quidem eſſe ex adverſo poteſtatem quandam juris dicundi in cauſis criminalibus: ceterum in uſu juris nunquam ea poteſtas juriſdictio appellatur, ſed perpetuo ſeparatur a juriſdictione, unde & nomen ei meri imperii; neque inſolens eſt, ut verbi alicujus latior ſit uſus, quam verbalis, ut ſupra demonſtravimus. Sub cauſis civilibus comprehendimus etiam actus voluntariæ juriſdictionis, veluti emancipationem, adoptionem, &c. Verbo *juris dicundi* excluditur, notio pedaneorum judicum, quorum miniſterio magiſtratus in judicando utebantur, unum aliquem actum iis committentes præſcripta formula, quam ſequerentur, & reſervata ſibi poteſtate exequendi, *l.*5. *l.a Divo* 15. *ff.de re jud.* Nimirum cum judices pedanei de facti veritate duntaxat cognoſcant & inquirant, juris autem definitionem ex formula præſcripta mutuentur, vix eſt, ut ipſi jus dicere videantur. Et alias quoque multum intereſt inter jus dicere & judicare. Separantur hæc in *l.*4. *§.*1. *ff.de interrog.in jur. fac. & tit. C.ne quis in ſua ca. jud. vel jus dicat*. Pater in cauſa filii jus dicere prohibetur, *l.*10. *ff.hoc tit.* judicare non item, *l.in privatis* 77. *cum l.ſeq. ff.de judic.* quamvis ſi judex datus ſit, recuſari a parte adverſa poſſit, *Duar.*1.*diſp.*51. *D.Tulden.ad C.ne quis in ſua cauſ. n.*1. Poſtremo ſæpe jus dicitur etiam non interveniente ſententia, ut in iis, quæ ſunt juriſdictionis voluntariæ, puta adoptionibus, manumiſſionibus, bonorum poſſeſſione danda, &c. Ajo *publice data*, ut hinc removeatur poteſtas arbitrorum ad quos ex compromiſſo itur, quæ non publica, ſed privata eſt: quamobrem nec actio, nec exceptio ex eorum ſententia naſcitur, de quo forte alias dabitur dicendi occaſio. Addo *aut permiſſa*, ut comprehendam etiam juriſdictionem mandatam, quæ immediate jure publico non datur, ſed permittitur, conceſſa ab iis, qui juriſdictionem directo acceperunt a populo, aut Principe, *l.*6. *ff. hoc tit.* eodem fere ſenſu, quo tutela teſtamentaria & Attiliana jure civili permiſſa dicitur, legitima data, *l.*1. *ff.de tutel.* eademque propemodum ratione prorogata quoque juriſdictio definitione continebitur. Atque hæc juriſdictionis in genere ſumtæ definitio, ut eſt ſimpliciſſima, ita mihi & optima ac pleniſſima videtur, utpote ſpecies omnes, nulla excepta, comprehendens. Aliorum definitiones, quas magnam partem videre eſt apud *Enucleat.Don. lib.*17. *comm.*7. *litt.F.* nequaquam tam accuratæ. Illa autem Cujacii *parat. C.de juriſd. juriſdictio eſt notio, quæ jure magiſtratus competit*, qua nullam meliorem ſe compoſuiſſe ſcribit, ſoli convenit ordinariæ.

CAP.VI.

CAP. VI.

De juriſdictione ordinaria & extraordinaria; contentioſa & voluntaria.

SUMMARIUM.

1 *Ordinariæ juriſdictionis quæ ſint.*
2 *Quæ juriſdictionis extraordinariæ.*
3 *Tutoris datio quo referenda.*
4 *Quo judicis dandi licentia.*
5 *Contentioſa juriſdictio quid, & quæ eo pertineant.*
6 *Juriſdictio voluntaria, & quæ ad eam referenda.*
7 *Quatenus admittendum, quod vulgo ajunt, actus juriſdictionis voluntariæ etiam extra territorium jus dicentis exerceri poſſe.*

POterit igitur ſecundum ea, quæ ſupra diximus, primum hoc modo dividi juriſdictio, ut alia ſit ordinaria, quæ jure ordinario & more a majoribus recepto magiſtratui competit: alia extraordinaria, quæ competit ex ſpeciali conceſſione legis aut Principis, non jure ordinario.

1 Prioris generis ſunt omnia, quæ juriſdictionis ſunt contentioſæ: quo etiam quodammodo pertinet miſſio in poſſeſſionem, facit *arg. in l.4. §.1. de off. ejus* &c. Bonorum poſſeſſionem dare voluntariæ juriſdictionis eſt, & tamen ad hoc idem genus pertinet, *arg. d.l.4. §.1.* videturque ſpecies eſſe juriſdictionis ampliatæ jure magiſtratus a prætore, ut & reſtituere in integrum.

2 Poſterioris generis ſunt cognitio ſuper alienatione prædiorum minoris, per *l.2. §.1. d.tit. l.1. de reb. eor. qui ſub tut.* cognitio ſuper tranſactione de alimentis teſtamento relictis, *l.8.pr.& §.ſed nec 18.ff.de tranſact.* ſuper manumiſſione a minore 20. annis facienda, quam cauſam prætor de conſilii ſententia examinabat ex lege Ælia Sentia, *§.4. Inſt.qui & ex quib. cauſ.manum.* Eoque pertinet, quod Ulpianus in *l.2.pr. de offic.ejus* ait eum, cui mandata eſt juriſdictio, non poſſe exercere conſilium; item cognitio, quam ex ſenatuſconſulto prætor habet, ſi a familia dominus occiſus eſſe dicatur, *l.1. in fin. pr. de offic. ejus.*

3 Huc item referenda eſt tutoris datio, per *l.8.ff.de tut.dat.* quam hoc reſpectu juriſconſultus negat eſſe juriſdictionis, *l.6. §.2. ff.de tutel.* nimirum in ſpecie acceptæ & ordinariæ: quemadmodum Pomponius in *l.2.§.hæc omnia 33. de orig.jur.* cum præfectum vigilum & annonæ negat eſſe magiſtratus, vocem magiſtratus ad ordinarios contrahit: ab aliis enim, Feneſtella, Caſſiodoro, in numero magiſtratuum recenſentur.

4 Judicis dandi licentia in provinciis extraordinariæ, Romæ ordina-

riæ juriſdictionis fuiſſe videtur, *arg. l. cum prætor 12. §. 1. de judic.* ubi Paulus ſcribit, judicis dandi poteſtatem more conceſſam eſſe magiſtratibus Romæ: lege autem datam proconſuli. Magiſtratus municipales etſi juriſdictionem aliquam habent, nuſquam tamen legimus eos judicis dandi licentiam habuiſſe.

5 Secundo diſtribui poteſt juriſdictio in contentioſam & voluntariam: cujus diſtributionis fundamentum eſt in *l. 2. de offic. proconſ. & leg.* Contentioſa juriſdictio eſt, quæ exercetur in invitos judicio pecuniario ſeu civili contendentes. Ad hanc pertinent actiones omnes, & quæ actionis inſtar habent, ut ſtipulationes prætoriæ, miſſio in poſſeſſionem; tum quæ ad judicium exercendum pertinent, ut judicis dandi licentia, *l. 1. l. 3. l. 4. ff. hoc tit. l. actionis 37. ff. de oblig. & act.* Atque hæc juriſdictionis ſpecies maxime proprie appellatione juriſdictionis continetur, deque ea potiſſimum agitur in *ff. & Cod. hoc tit.*

6 Voluntaria juriſdictio eſt, quæ exercetur auctore magiſtratu in volentes in iis, quæ geruntur extra judicium. Eorum autem, quæ ad hanc juriſdictionem pertinent, quædam præter approbationem & auctoritatem magiſtratus nihil deſiderant: cujus generis ſunt adoptio, manumiſſio, liberorum emancipatio; quæ proinde etiam de plano tranſigi poſſunt, *d. l. 2. de offic. proconſ. §. 2. Inſt. de libertin.* quædam etiam cauſæ cognitionem & decretum magiſtratus, qualia ſunt tranſactio de alimentis teſtamento relictis, prædiorum minoris alienatio, manumiſſio a minore 20. annis facienda, adrogatio impuberis, *l. 8. §. 8. ff. de tranſact. l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut. §. 4. Inſt. qui & ex quib. ca. man. l. ſi paterfam. 15. §. 2. l. nec ei 17. per tot. ff. de adopt.* Pertinet denique huc etiam decretalis bonorum poſſeſſio, per *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in poſſ. ſerv.* Tutoris datio intermedium quoddam genus juriſdictionis eſt, quod quidem ſine judicii contentione exercetur, ſed tamen in invitos: quia publicum tutela munus eſt, *pr. inſt. de excuſ. tut.* Ad prius autem genus recte vulgo referunt bonorum poſſeſſionem edictalem, inſinuationes teſtamentorum & donationum, quæ ſummam quingentorum aureorum excedunt, aperturam tabularum & teſtamentorum. Legitimatio autem vereor ut ad juriſdictionalia referri poſſit: & utique hoc jus eſt ex reſervatis Principum.

7 Interpretes hanc differentiam inter exercitium actuum utriuſque juriſdictionis obſervandum tradunt, quod quæ ſunt juriſdictionis voluntariæ, etiam extra territorium jus dicentis exerceri poſſunt, *arg. l. 2. ff. de offic. proconſ.* contentioſa autem juriſdictio extra provinciam explicari nequeat, *l. ult. ff. hoc tit.* Ceterum hæc diſtinctio ad omnes actus voluntariæ juriſdictionis non pertinet: utique non ad eos, qui cauſæ cognitionem deſiderant: nec ad alios fere, quam ad hoſce tres, adoptionem, manumiſſionem, & emancipationem. Atque hi actus in ſpecie dicuntur actiones legis, eo quod exerceri non potuerunt niſi apud eum, penes quem erat legis actio, *l. 3. ff. de offic. proconſ. l. 1. ff. de offic. jur. l. 1. C. de adopt.* *Paulus*

*lus lib.2. ſent.*25. ubi ſcribit etiam apud magiſtratus municipales adoptari & manumitti poſſe, ſi habeant legis actionem, id eſt, apud duumviros, quibus data eſt legis actio. Apud defenſores inſinuari poterant teſtamenta & donationes, *Nov.*15. *c.*3.

CAP. VII.

De mixto imperio.

SUMMARIUM.

1 *Mixtum imperium quid ſit, unde ſit dictum, & an pars juriſdictionis.*
2 *Cur hoc imperium jungi juriſdictioni neceſſe.*
3 *Actus juriſdictionis & imperii revera eſſe diverſos.*
4 *Præcedere ſemper actum juriſdictionis, ſequi actum imperii, ſi opus ſit.*
5 *Bonorum poſſeſſionem dare ſitne actus juriſdictionis, an imperii, &* n.6 & 7.
8 *Ad* l.3. ff.hoc tit.
9 *Jubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere, juriſdictioni, an mixto imperio adſcribenda.*
10 *Explicatio* l.4. ff.hoc tit. junct. l.28. ad munic.
11 *Reſtituere in integrum, cognoſcere de ſuſpectis tutoribus, juriſdictionis eſſe, non mixti imperii.*
12 *Diviſionem imperii mixti in id, quod juriſdictioni ineſt, & id, cui inſit juriſdictio, commentitiam eſſe.*
13 *Quicunque juriſdictionem habent, etiam mixtum habere imperium.*

1 NUnc tempus eſt, ut de eo genere imperii loquamur, quod mixtum noſtris appellatur. Mixtum imperium eſt poteſtas cohærens juriſdictioni, comparata ad eam tuendam atque explicandam. Dicitur mixtum, propterea quod conjunctum eſt cum juriſdictione, eique cohæret & ineſt, *l.3.ff.hoc tit. l.1. in fin. ff.de offic. ejus*, &c. Alias appellatur imperium non merum, *l.ult. §.1. d.tit.* quia meri appellatio nulli mixto convenit. Hoc autem imperium, & juriſdictio, licet ratione perſonæ, cui competunt, ita inter ſe conjuncta ſint, ut alterum ſine altero eſſe non poſſit: tamen ut nominibus ſunt diſtincta, ita & re ipſa diverſa ſunt: id quod ex eo manifeſtum eſt, tum quod mandata juriſdictione hoc imperium ſimul tranſire dicitur, tanquam conſequens juriſdictionis, eique perpetuo cohærens, *d.l.* 1. *§.fin. & d. l.ult. §.1. de offic. ejus*; tum quod definitur modica coercitio, qua magiſtratus juriſdictionem ſuam tuetur atque explicat, *d.l.ult. §.*1. ut non tam pars ſit juriſdictionis, quam adjunctum inſeparabile; quanquam hoc ſenſu dici poteſt, unum quoddam cum juriſdictione compoſitum conſtituere.

2 Di-

2 Dicitur autem modica coercitio oppoſitive ad gravem animadverſionem, in qua conſiſtit imperium merum. Nimirum propter improbitatem hominum contumacium, & nec obedientium ſententiis & decretis magiſtratuum in cauſis civilibus, neceſſe fuit portionem aliquam quaſi de imperio decerpere & jungere juriſdictioni, ut magiſtratus hac poteſtate armatus juriſdictionem ſuam defendere, & quæ vi juriſdictionis ſuæ ſtatuit ac decrevit, executioni mandare poſſit, ceteraque facere, ſine quibus juriſdictio foret eluſoria.

3 Licet igitur imperium hoc conjunctum atque unitum ſit cum juriſdictione, re vera tamen, uti diximus, diverſa ſunt, atque actus juriſdictionis & imperii diſtincti, ut neque quod juriſdictionis eſt, imperio; neque quod imperii, juriſdictioni tribui debeat. Cauſam cognoſcere, ſententiam dicere, decernere, ſtatuere, jubere, juriſdictionis ſunt, non imperii: ſententiam, decreta, ſtatuta, juſſa exequi manu militari, captis pignoribus aut indicta multa, imperii non juriſdictionis. Jubere in carcerem ire in cauſa pecuniaria mixti quoque imperii eſt, *per l.2. ff.de in jus voc.* & recte *Scip. Gentil.lib.3. de juriſd. cap.*10.*poſt Zaſ.in l.*3.*ff.hoc tit.n.*47. notat, quarundam coercitionum ſpecies mixto & mero imperio eſſe communes, qualis item eſt multæ dictio.

4 Et præcedit igitur actus juriſdictionis, quem ſequitur actus imperii ſi ei, quod vi juriſdictionis ſtatutum aut decretum eſt, non pareatur. Si paretur, ſubſiſtit mixtum imperium in nuda potentia & actu primo. Hæc ſententia uti ſimpliciſſima, ita & veriſſima eſt, licet paucos auctores habeat, & præter Goveanum, Longovallium, Ant.Fabrum *lib.*4. *conject.*4. Bachovium *ad hunc tit.* fere neminem. In tantum ut ceteri juris magiſtri, qui decreta & juſſa magiſtratuum imperii eſſe ſtatuunt, v luti jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, paſſim imprudentes ſibi contradicant, dum ajunt imperium mixtum eſſe coercitionem cohærentem juriſdictioni, ut nervos habeat, & illud poſitum eſſe in executione atque expeditione, *vid.Coraſ.*3.*miſc.*17.*Duar.de juriſd.c.*7.*Don.*17. *comm.*6. *Vaud.*2. *quæſt.*35. *Fachin.*9. *contr.*95. Inter alios Scipio Gentilis *lib.*1. *de juriſd. c.*3. ſic ſcribit. *Si conſideramus materiam circa quam, juriſdictio & imperium mixtum non differunt: utramque enim pertinet ad cauſas civiles & pecuniarias. Quod ſi non res, ſed vim ipſam atque naturam juriſdictionis & imperii mixti ſpectamus, juriſdictionem eſſe dicemus, jus cognoſcendi & ſtatuendi de cauſis civilibus; mixtum vero imperium, poteſtatem, quæ juriſdictioni cohæret, ejus tuendæ atque exequendæ gratia.*

5 Hinc jam judicare licet, utrum dare bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, juriſdictioni adſcribenda ſint, an imperio mixto. Non poſſunt adſcribi imperio. Nam, ut de datione bonorum poſſeſſionis primum dicam, quis actus juriſdictionis hic præcedit, quem bonorum poſſeſſionem dando prætor defendat? quem coercet? cui multam dicit? Si cognitionem aliquam dicas præcedere, nul-

la

Digitized by Google

la eſt ſententia, quam non præcedat cognitio; nemo autem unquam dixit, mixti imperii eſſe pronuntiare ſententiam, eum, a quo quid petitur, abſolvere aut condemnare. Et alioqui etiam pedaneis judicibus, quos conſtat juriſdictionem non habere, tribuemus partem imperii, juriſdictioni perpetuo annexam, & remotam a nuda notione, quam ſolam judices pedanei habent. Relinquitur ergo ut dicamus bonorum poſſeſſionem dare non imperii, ſed juriſdictionis eſſe.

6 Hoc ipſum & ex eo quoque perſpicuum eſt, quod jus omne, quod in danda bonorum poſſeſſione verſatur, introductum eſt juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teſte Juſtiniano *in pr. Inſt. de bon. poſſ.* Correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, ſed a juriſdictione prætoris veniunt, unde edicta omnia.

7 Sic igitur omnino habendum eſt, cum prætor alicui bonorum dat poſſeſſionem, aut ſi opus eſt, cauſa cognita pro tribunali decernit, quod requiritur in ea, quæ decretalis dicitur, *l.2.§.1.ff.quis ord. in bon.poſſ.* hunc actum non eſſe alicujus imperii, ſed intra terminos juriſdictionis conſiſtere. Quod ſi ex ſolo decreto bonorum poſſeſſio obtineri nequeat, jam prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obnitentes. *Facit l.3. pr. ne vis fiat ei, qui in poſſ.*

8 Sed obſtat nobis locus Ulpiani in *l.3. ff.boc tit.* ubi diſerte Juriſconſultus ait, bonorum poſſeſſionem dare, eſſe mixti imperii: ſic enim ſcribit: *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Juriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia.* Reſpondeo me non dubitare, quin lectio illius loci vitioſa ſit, & vel cum Antonio Goveano legendum & diſtinguendum hoc modo; *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, juriſdictio eſt, Juriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia*, nihil enim tam frequens eſt, quam iterati verbi omiſſio: aut cum Antonio Fabro *lib.4. conject.4.* pro *quod* ſubſtituendum *quæ*, ad hunc modum, *cui juriſdictio ineſt, quæ in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit*. Utique verba ſequentia, *Juriſdictio eſt etiam*, &c. oſtendunt prius a Juriſconſulto prolatum fuiſſe exemplum juriſdictionis, non imperii: potuitque facile naſci error ex utriuſque ſyllabæ & notæ ſimilitudine. Hanc mihi reſponſionem extorſit manifeſta ratio juris. Hotomannus *lib.7. obſerv.16. & in d.l.3. hoc tit.* etiam pro his verbis, *cui juriſdictio ineſt*, legi mavult, *quod juriſdictioni ineſt*; nec ſane abſque ratione. Nam proprie juriſdictio non ineſt imperio, ſed hoc illi: & ideo non dicimus mixtam juriſdictionem, ſed mixtum imperium: nec juriſdictionem cohærere, accedere, famulari imperio mixto, ſed hoc juriſdictioni, *l.1. in fin. l.ult. §.1. de offic. ejus cui mand.* Ceterum non ſemper accurate ſatis loquuntur juriſconſulti: nec aliud ſenſiſſe exiſtimo Ulpianum, cum mixto imperio ineſſe dixit juriſdictionem, quam imperium hoc juriſdictioni cohærere, hoc eſt, penes eum eſſe, cui competit juriſdictio.

9 His

9 His, quæ diximus, conſequens eſt, neque imperii mixti eſſe, jubere cavere prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere. Nam cum cavere jubet prætor, verbi cauſa, damni infecti nomine, & ſi non caveatur, decernit miſſionem in poſſeſſionem rei, de qua damnum timetur, vi jurisdictionis ſuæ id facit, non imperii; non magis quam ſi judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam reſtitui, & ſi juſſui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adverſarius in litem juraverit. Denique ſtipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire aperte ſcriptum eſt apud Pomponium in *l.5.pr.ff.de verb.oblig.* At ſi ex decreto miſſus non admittatur, ſi vis ei fiat, hic jam ſuccedit, quod diximus, imperium, quo decretum ſuum prætor manu miniſtrorum exequatur, *l.3.ff.ne vis fiat ei qui in poſſ.*

10 Negotium pleriſque faceſſit, quod apud Ulpianum *l.4.ff.hoc tit.* & Paulum *l.ea quæ 26.pr.junct.§.1.ff.ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, reſtituere in integrum, imperii magis eſſe, quam jurisdictionis. Me vero parum iſta movent, quippe qui certus ſum verbo imperii in *dd.legib.* nihil minus ſignificari, quam mixtum imperium, quo de hic quærimus: nam alioqui dicere debebant juriſconſulti, jubere cavere, & in poſſeſſionem mittere jurisdictionis non eſſe, ſed imperii mixti. Jam vero cum dicant iſta magis eſſe imperii, quam jurisdictionis, illud ſignificare voluerunt, eſſe quidem hæc jurisdictionis, ſed eminentioris cujuſdam, magiſque imperioſæ, quam, ut cum Goveano loquar, juridicæ, in qua ſcilicet poteſtas majorum magiſtratuum, hoc eſt, eorum qui tribunali præſunt, relucet: minores autem magiſtratus, quales erant magiſtratus omnes municipales, ea quæ excellentioris hujus jurisdictionis ſunt, facere non poſſe, *d.l.ea quæ 26. pr. ad munic.* Atque hoc reſpectu alibi magiſtratus omnes inferiores dicuntur eſſe ſine imperio & poteſtate, *l.nec magiſtratibus 32.ff.de injur.*

11 Hujus ejuſdem generis eſt & reſtitutio in integrum, *d.l.26.§.1. ad munic.* quippe nec ulla hic coercitio, nec dici poteſt ea cohærere jurisdictioni &c. Cognoſcere quoque & pronuntiare de quæſtione ſuſpecti tutoris ad hoc idem genus pertinere patet ex *l.1.§.ſuſpecti 11 ff.ad ſenat.Turpil.* ubi legimus ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe, & nullum alium de hujuſmodi quæſtione, quam præſidem, poſſe pronuntiare; non quia id mixti ſit imperii, nam & magiſtratus inferiores mixtum imperium habent: ſed quia eſt excelſæ cujuſdam & nobiliſſimæ jurisdictionis, quæ ſolis competit magiſtratibus majoribus, & imperii nomine paſſim a noſtris deſignatur, *l.8.& l.ult. de offic. proconſ. l.3. de offic. ejus* &c. *l.2.ff.de adopt. l.cum prætor 12.§.1.ff.de judic. l.7.§.ſi paciſcar 14. ff.de pact. l.quod juſſit 14. ff.de re judic.* quibus omnibus locis nomen imperii tribuitur huic excellentiori jurisdictioni, eoque nomine ſignificatur, imperium quidem majorum magiſtratuum, ſed quod tamen poſitum ſit in jure dicundo. Neque immerito cum quid magiſtratus vi jurisdictionis ſuæ

fa-

facit, imperare dicitur, cum & ipſa vox imperii pro magiſtratu interdum uſurpetur, *Cic. lib.3. de legib. Juſta imperia ſunto,* id eſt, magiſtratus legitime creantor.

12 Plerique cum hæc non intelligerent, ut aliqua ſaltem ratione ſe expedirent, duo genera imperii mixti commenti ſunt; unum, quod juriſdictioni cohæreat atque ſubſerviat, comparatum ad juriſdictionem contentioſam tuendam atque explicandam: alterum, cui inſit juriſdictio, ſeu cui tanquam principali juriſdictio accedat atque ancilletur; cujus generis ſint ea, quæ magis imperii eſſe dicuntur, quam juriſdictionis: & hoc ideo, quia ſicut in priore ſpecie juriſdictio, ita in hac magis emineat imperium, ita *Baro in l. ult. de offic. ejus. Maſcorn. de juriſdict. n.143. Bocer. c.4.* 18. *Obrecht. c.12. n.25. Hillig. ad Don. lib.17. comm.8.* In quo toto cœlo eos erraſſe ex iis, quæ modo diximus, manifeſtum eſt. Nullum enim eſt mixtum imperium, ac ne fingi quidem cum aliquo colore poteſt, quod per ſe ſubſiſtat, cui accedat & famuletur juriſdictio: ſed omne accedit & ſervit juriſdictioni, cum omne poſitum ſit in modica aliqua coercitione, comparata juriſdictionis defendendæ atque expediendæ gratia.

13 Hoc autem conſtituto imperium mixtum conſiſtere in modica coercitione, qua ſine nulla ſit juriſdictio; id imperium cohærere juriſdictioni eique ſubſervire; conſequens omnino eſt omnes, qui juriſdictionem habent, etiam hoc habere imperium; ac proinde etiam magiſtratus minores in municipiis, cum & ipſi habeant juriſdictionem. Quemadmodum enim magiſtratus intelligi non poteſt ſine juriſdictione, ita nec poteſt ſine imperio aliquo, quo juriſdictionem ſuam tueatur, ratumque efficiat, quod ſtatuit aut decrevit. Enimvero non eſt neceſſe, ut quicunque magiſtratus eſt, omnes partes hujus imperii habeat, ſicut nec ex diverſo, ut habeat plenam juriſdictionem: at partem ſaltem aliquam habere oportet, quæ muneri cujuſque tuendo, ſufficiat. Sic magiſtratus municipales etſi forte jus multæ dicendæ non habeant, *arg. l.1. pr. ſi quis jus dic. non obtemp. l. aliud eſt fraus* 131. *§.1. de verb. ſign.* pignoribus tamen captis juriſdictionem ſuam tueri poſſunt, *l. quemadmodum 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil. l.3. §.1. de reb. eor. qui ſub tut. l.4. §.2. de damn. infect.* non male in hanc ſententiam diſſerit *Donel. lib.17. comm. c.7.*

CAP. VIII.

De juriſdictione propria & mandata.

SUMMARIUM.

1 *Quinam propriam juriſdictionem habeant.*
2 *An legatus proconſulis.*
3 *Mandata juriſdictio quid.*

4 *Quid ſit mandare juriſdictionem.*
5 *Eum, cui mandata eſt juriſdictio, magiſtratum non eſſe.*
6 *Quæ juriſdictio quibus mandari poſſit.*
7 *Mandari poſſe, quæ ſunt juriſdictionis ordinariæ; non poſſe, quæ extraordinariæ, & quare, item* n.8. & 9.
10 *Manumiſſio, adoptio, emancipatio an apud delegatum exerceri poſſint.*
11 *An apud legatum proconſulis, ad* l.17. ff.de man.vind. *&* l.2.§.1. junct. l.3. de off. proconſ.
12 *Tutoris datio an mandante magiſtratu tranſeat.*
13 *Etiam cauſas cognitionis prætoriæ mandari poſſe.*
14 *Mandata tamen ſimpliciter juriſdictione non transferri.*
15 *An mandari poſſit mixtum imperium.*

NOndum omnia juriſdictionis genera executi ſumus: itaque illuc redeo, & me confero ad reliqua explicanda. Notabilis eſt diſtributio juriſdictionis in propriam, mandatam, & prorogatam. Nimirum juriſdictio quædam competit jure proprio, quædam non jure proprio, ſed beneficio alterius.

1 Propriam habent magiſtratus, utpote quibus ea poteſtas principaliter data, *l.6. ff. hoc tit.* ad hoc enim magiſtratus a populo aut principe creati & conſtituti ſunt, ut jus dicant reddantque, *l.2. §.poſt originem* 13. *de orig. jur.* qui ob id etiam juriſdictioni præeſſe dicuntur, *l.12. de legib. l.10. ff.hoc tit. l.1. ff.de judic.* Nec tantum magiſtratus ordinarii propriam juriſdictionem habent; verum etiam qui extra ordinem conſtituuntur juris publice dicundi cauſa, ut præfectus vigilum & annonæ, *l.3.§.1.de offic. præf. vigil.* eoque referri poſſunt & delegati a Principe. Item magiſtratus municipales, quorum juriſdictio continetur intra territorium cujuſque municipii, *l.3. ff.de tut.dat. l.duumvirum* 53. *C.de decur. lib.*10.

2 Cum autem non alii,quam magiſtratus,hanc juriſdictionem habeant, ſequitur nec legatum proconſulis propriam habere juriſdictionem: ſcilicet quia nec legatus magiſtratus eſt; erratque Onufrius *lib.3. de imp.Rom.* legatum referens inter magiſtratus populi Romani. Nam magiſtratus ex ipſa creatione immediate a populo aut Principe juriſdictionem accipiunt: legatus autem, etſi proconſuli adjutor in partem curarum a ſenatu dabatur, ut ex Appiano ſupra retulimus, juriſdictionem tamen a proconſule accipiebat, *l.4.§.ult. l.12. & l. ſeq. de offic. proconſ. l.1. §.an autem 4. ff. de ſuſpect. tut.* Aperte autem inter ſe pugnant,eandem juriſdictionem & mandatam eſſe & propriam; eundem pro ſuo imperio agere & alienis partibus fungi, *l.1. §.1. de offic.ejus.* Quod ſi legatus ſuo jure haberet juriſdictionem, utique & alii eam mandare poſſet, per *l.5. hoc tit.* quod tamen nuſquam traditum eſt, nec morte proconſulis finiretur, contra *l.6. cod.Govean. in d.l.6. n.9.* Poteſt quidem dici etiam legatum quædam propria habere, *l.13. de offic. proconſ.* ſed ea videlicet, quæ mandata non ſunt, nec mandari

Digitized by Google

ri poſſunt, veluti jus dandi tutoris, *l.pen.cod.tit.* quod ei ſpecialiter datum eſt oratione D.Marci, *l.*1.*§.*1. *ff.de tut.dat.* Nec tamen eo modo hæc dicuntur propria, quo illa, quæ jure magiſtratus competunt; ſed quia hæc a proconſule non accipit legatus, nec in iis proconſulem recognoſcit. Atque ad hæc forte referendum, quod Venulejus *l.*2.*ff.quis & a quo appell.* ſcribit, a legatis proconſulem appellari, de quo plura inferius. Apud nos item magiſtratus omnes & ſoli propria ſunt juriſdictione præditi: Vaſalli autem de juriſdictione cum feudo inveſtiti etiam juriſdictionem habent patrimonialem, quam & in heredes una cum feudo tranſmittunt. Itaque hi non ſunt ſimplices magiſtratus. Ejus autem juriſdictionis, quæ proprio jure non competit, duæ ſpecies recte conſtituuntur, mandata & prorogata. De utraque hac ſpecie dicemus ſeparatim, ac primum de mandata.

3 Mandata juriſdictio eſt, quam quis habet delegatam ab iis, qui eam proprio jure obtinent; ac proinde beneficio alieno, *per l.*5.*ff. hoc tit.* Quatuor hic fere quæſtiones examinandæ occurrunt. 1.poſſitne quam quis juriſdictionem habet, eam alteri mandare. 2. ſi poteſt, quando pro poteſtate ſit mandata. 3. quatenus mandata tranſeat. 4. tranſlata quomodo & quando finiatur.

4 Primo ſatis conſtat juriſdictionem, quam quis habet, alii mandare poſſe, ſed inquam mandare, id eſt, alii exequendam dare, qui eam nomine mandantis exerceat, *l.*3. *de offic.ejus* &c. *l.ſolet* 16. *ff. hoc tit.* qui vice & partibus ejus, qui mandavit, utatur, *l.*1. *§.*1. *de offic.ejus*, ac proinde etſi is, cui mandata eſt, eam exercet, nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur, per *l.*5. *§.*3. *ff.de adm. tut.* & mandatarius juriſdictionis ſimplex & purus vicarius eſt, non magiſtratus. Transferre autem juriſdictionem ſuam in alium, atque ab ſe abdicare nemo poteſt, *l.pen. ff.de offic. præſid.* quoniam nimirum hac tranſlatione conſtitueret magiſtratum, quod ſolius eſt ſupremæ poteſtatis, *Vult.ad l.*3.*C.hoc tit. Scip.Gentil.lib.*2. *de juriſd. c.*26. eſtque perſpicuus error Buſii in *l.*1. *§.*1. *n.*2. & 4. *de offic. ejus*, aſſeverantis etiam eum, cui mandata eſt juriſdictio, magiſtratum eſſe: non enim quævis juris dicundi poteſtas magiſtratum facit, ſed ea tantum, in qua principem obtineas locum, quam tuo jure, non alieno mandatu exerceas, ut recte *Donell.*17. *comm.*7. Poteſt ſane is, qui ſummæ rei præeſt, majores creans magiſtratus, his impertiri facultatem minores conſtituendi, ſicut apud nos quædam civitates jus magiſtratus eligendi a Principe habent: ſed tale jus magiſtratibus Romanis conceſſum fuiſſe nuſquam proditum eſt.

5 Ceterum non omnes, qui juriſdictionem habent, eam mandare poſſunt: ſed nec cuivis mandari juriſdictio, neque omnia poſſunt, quæ ſunt ejus, qui juriſdictionem habet, ut jam amplius hic quærendum ſit, quis, cui, quatenus, quid eorum mandare poſſit.

6 Et more majorum ita comparatum fuit, ut is demum juriſdictionem mandare poſſet, qui eam ſuo jure, non alieno beneficio haberet, *l.more ma-*

Digitized by Google

jorum 5. ff.hoc tit. qui haberet propriam , non etiam qui ſibi mandatam , *l.ult. de offic.ejus.* Qui enim utitur aliena , is eam alteri utendam dare non magis poteſt , quam rem ſibi commodatam alteri commodare , *fac. l.nemo plus 54. de reg.jur.* Hinc vulgatum illud, delegatum ſubdelegare non poſſe : cujus quidem regulæ exceptiones aliquot recenſentur a Coſtalio in *d.l.ult. de offic. ejus* , ſed quæ natæ ſunt ex errore confundentium delegationem juriſdictionis cum datione judicum . Una exceptio ex parte vera , quod delegatus Principis ſubdelegare poteſt: de quo pluſcula *cap.ſequenti.* Mandari porro juriſdictio iis omnibus poteſt , qui & judices dari poſſunt . Qui autem idonei judices non habentur, iis nec juriſdictio recte mandabitur : quo in numero ſunt ſurdus, mutus, perpetuo furore laborans , impubes, ſenatu motus , fœmina , ſervus, quibus foro interdictum eſt , & ſi qui ſunt ſimiles , *l.cum prætor 12. §.2. ff.de judic. & ibi gloſ. & DD.*

7 Sed nec omnia , quæ ſunt juriſdictionis in genere acceptæ, mandari poſſunt : nam ut ſupra dictum eſt , quædam juriſdictio eſt extraordinaria, & adventitia , quæ competit ex ſpeciali conceſſione legis aut Principis : quædam ordinaria & genuina , quæ magiſtratui competit jure ſui magiſtratus . Quæ juriſdictionis ſunt ordinariæ , ea omnia mandari poſſunt , & mandata juriſdictione tranſeunt . At contra nihil eorum mandari poteſt , quæ ſpecialiter lege , ſenatuſconſulto , vel conſtitutione Principis conceduntur , nec quicquam eorum mandata juriſdictione transfertur, *l.1. de offic.ejus* &c. Nimirum quæ jure magiſtratus competunt, natura ſua inſunt juriſdictioni , & ideo mandata juriſdictione tranſeunt : quæ autem ſpecialiter magiſtratui conceſſa ſunt , non tranſeunt , quia ea non ex natura officii ſui habet , ſed ex nova & adventitia auctoritate , quæ ad officium & juriſdictionem magiſtratus , cui tributa ſunt , neceſſario non pertinet .

8 Mandari igitur poſſunt, quæcunque ſunt juriſdictionis contentioſæ, & mandata juriſdictione transferuntur : inter quæ & jubere cavere prætoria ſtipulatione , & in poſſeſſionem mittere , de ſuſpectis tutoribus cognoſcere , *l.4. pr. & §.1. de offic.ejus, l.1. §.an autem 4. ff. de ſuſpect. tut.* Jure quoque ordinario magiſtratui competit bonorum poſſeſſionem poſtulantibus dare , quamvis id voluntariæ ſit juriſdictionis: proinde & hæc poteſtas mandari poteſt , *d.l.4. §.1. de offic.ejus* .

9 Ex contrario jus cognoſcendi ſuper tranſactione de alimentis ultima voluntate relictis, ſuper alienatione prædiorum minoris, ſuper adrogatione impuberis , manumiſſione a minore viginti annis facienda, non recte mandatur , quia juriſdictionis extraordinariæ eſt , ſive ſpecialiter & extra ordinem conceſſæ , *l.2. pr. & §.1. de offic.ejus , l.8. pr. & §.ſed nec 18. de tranſact. l.ſi paterfam. & ll.ſeqq. ff.de adopt.*

10 Eandem fere rationem habet, quod hi actus voluntariæ juriſdictionis, adoptio, manumiſſio , emancipatio , quæ proprie legis actiones dicuntus, mandari non potuerint, *l.1. C.de adopt. l.2. §.1. & l.3.de offic.proconſ.*

ex

ex quibus locis diſcimus, hujuſmodi actus expediri non poſſe, niſi apud eum, apud quem plena ſit legis actio: eum autem, cui mandata eſt juriſdictio, talem juriſdictionem non habere, adeoque omnino non eſſe apud eum legis actionem. Sunt, qui exiſtimant haſce legis actiones magiſtratibus Romanis proprio jure competiiſſe, ſingulari tamen cum reſtrictione, ut ne mandarentur: atque inde factum, ut iis, quæ ſpeciatim concedebantur, annumerarentur; ut vero aliis magiſtratibus competerent,* lege & ſpeciali conceſſione opus fuiſſe, *per l.1. de offic. ju. l.apud præfectum* 21. *de manum. vind. l.1. C. de vind. libert.* At hæc eodem recidunt.

11 Objicitur hic nobis *l.apud proconſulem* 17. *de manum. vind.* ubi ita ſcriptum eſt: *Apud Proconſulem, poſtquam urbem egreſſus eſt, vindicta manumittere poſſumus. Sed & apud legatum ejus manumittere poſſumus*: cui loco e diametro obſtat *l.2. §.1. de offic. proconſ.* verba hujus loci ſunt hæc: *Apud legatum proconſulis nemo manumittere poteſt, quia non habet juriſdictionem talem*; nimirum voluntariam, qualem habet proconſul; & mox *l.3. eod.* ſubjicitur: *Nec adoptari poteſt: omnino enim non eſt apud eum legis actio*. Duarenus *ad tit. de offic. proconſ. Hotomannus* 2. *amic. reſp.* 1. & alii hæc loca conciliant adhibita hac diſtinctione, ut interſit, utrum legatus provinciam jam ingreſſus ſit, an necdum. Quamdiu nondum ingreſſus eſt provinciam, actum manumiſſionis apud eum celebrari non poſſe, eoque pertinere *d.l.2. & 3. de offic. proconſ.* poſſe autem, ubi provinciam ingreſſo a proconſule mandata eſt juriſdictio; quo referunt *d.l.apud proconſulem* 17. *de manum. vind.* Huic conciliationi per me licet, qui volet, acquieſcat, potius quam antinomiam in re, quæ apud antiquos minime dubia eſſe potuit, admittat. Sed tamen, ut verum fatear, nunquam mihi hæc conciliatio probabilis viſa eſt. Primum quia quod Paulus initio *d.l.apud proconſulem* 17. *de man. vind.* ait, poſſe apud proconſulem manumitti, poſtquam urbem egreſſus eſt, idem eum intellexiſſe omnino veriſimile eſt & in eo, quod mox ſubjicit, de legato, ut ſcilicet & apud eum manumiſſio procedat, ſimulatque urbem egreſſus ſit. Deinde quia ratio, ob quam Marcianus in *d.l.2. §.1. de offic. proconſ.* negat apud legatum manumiſſionem fieri poſſe, nempe quia talem juriſdictionem non habet, admiſſa ſuperiore diſtinctione inepta plane eſt. Nam legatus antequam provinciam ingreſſus juriſdictionem a proconſule accepit, nullam omnino habet (ac ne mandari quidem ei ante juriſdictio a proconſule poteſt, *l.4. §.poſt hæc 6. de offic. proconſ.*) Poſtremo ratio ab Ulpiano allata in *l.3. eod. tit.* quod omnino non ſit apud legatum legis actio, manifeſto excludit etiam id tempus, quo legato jam provinciam ingreſſo a proconſule mandata eſt juriſdictio. Quod ſi juriſdictio in hac cauſa mandari potuit legato, velim aliqua mihi detur ratio, cur mandari nequiverit, ſimulatque proconſul ipſe eam potuit exercere, id eſt, ſtatim quam urbem eſſet egreſſus. Suſpicor igitur lectionem *d.l.*17. mendoſam eſſe, & pro *apud legatum ejus*, reponendum, *apud legatum Cæſ.* id eſt, *Cæſaris*; erroremque natum ex notis *ejus* & *Cæſ.* quod

& an-

& ante me nonnulli alii ſuſpicati ſunt, teſte Gothofredo. Eſt autem legatus Cæſaris idem, qui paſſim præſes provinciæ appellatur, *l.pen.ff.de offic. præſ.* & probabile admodum eſt, juriſconſultum oſtendere voluiſſe, idem proconſulis & præſidis hac in cauſa jus fuiſſe, atque apud utrumque ſimulac urbem egreſſi eſſent, manumiſſionem expediri potuiſſe.

12 Tutoris quoque datio ex ſpeciali conceſſione eſt, non juriſdictionis ordinariæ, *l.6. §.2.ff.de tutel.* idque ex eo intelligimus, quod olim prætor urbanus cum majore parte tribunorum plebis id jus habuit ex lege Attilia, præſides provinciarum ex lege Julia & Titia, *pr.inſt. de Attil.tut.* poſtea conſules, & mox prætores ex conſtitutionibus, *§.3.Inſt.eod.tit.* Quapropter nec hanc poteſtatem mandante magiſtratu tranſire traditum eſt, *l.8.de tut.dat.* nec obſtat, quod apud Juſtinianum legimus, juſſu præſidum magiſtratus municipales tutorem dare poſſe, *§.4.Inſt.d.Attil.tit.* Nam hoc non ita accipiendum eſt, quaſi vi hujus juſſus aut mandati magiſtratus potuerint dare tutores (nam his quoque id jus ſpecialiter datum eſt, *l.3.de tut.dat.*) ſed quod non ante hoc jus uſurpare poterant, quam rem ad præſidem, cujus priores partes erant, detuliſſent, iſque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, ad eos remiſiſſet, *l.1.§ ſi præſes, & §.ſi curatores, ff.de magiſt. conven.* Nec admodum diſſimile eſt exemplum legati proconſulis, qui mandata demum a proconſule juriſdictione tutorem dare poteſt, *l.13.junct. l.pen. de offic.proconſ.* ceterum non propter mandatam juriſdictionem; ſed quia id ei ſpecialiter datum eſt oratione D.Marci, *l.1.§.1.ff.de tut.dat.* Merum imperium mandari non potuiſſe, quod & ipſum ex ſpeciali conceſſione magiſtratibus quibuſdam competit, ſupra relatum eſt, ſed hoc a juriſdictione remotum.

13 Illud hic quæſitum eſt, an etiam cauſæ cognitionis prætoriæ mandari poſſint, hoc eſt, cauſæ, de quibus ipſi magiſtratus ex officio cognoſcebant, non judicem dabant, quæ etiam extraordinariæ cognitiones dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque uſitatum, ſine ſolennibus & ſtrepitu judicii, ſine formula expediebantur & diſceptabantur a magiſtratu ipſo: de cujuſmodi cauſæ erant, cognitio de ſalariis advocatorum, medicorum, profeſſorum liberalium artium, *l.1.de extraord. cognit.* perſecutio fideicommiſſi, *l.pecuniæ 178.§.2.ff.de verb.ſign.Ulpian.in fragm.tit.25. §.10.* petitio liberorum, qui in poteſtate ſunt, *l.1.§.2.ff.de rei vind.* reſtitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l.in cauſæ 13. §.1. l.quod ſi 24. §.ult.ff de minor.* Et quidam exiſtimaverunt hujuſmodi cauſas mandari non poſſe, inter quos & D.Cujacius *l.7. obſ.23. & in d.l.pecuniæ 178.§.2.de verb.ſign.* ubi ait eas magiſtratui ſpecialiter conceſſas. Sed perperam, ut mea quidem fert opinio. Nam quod in hiſce cauſis judex dari non potuit, *l.2.C.de pedan. judic.* ex eo non continuo ſequitur, nec mandari potuiſſe; quod enim judex in his cauſis dari non potuerit, id propriam rationem habet, quia certo jure non nitebantur, neque certæ & ordinariæ harum cauſarum erant actiones aut formulæ, ut patet ex *d.l.quod*

ſi 24.

Digitized by Google

ſi 24.*§.ult. de minor.* Ex hoc edicto, inquit ibi Paulus, nulla proprie actio vel cautio proficiſcitur; totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione. Ratio autem nulla eſt, cur minus juriſdictio in his cauſis, quam in aliis mandari poſſit, quod & Scipio Gentilis *lib.*1.*de juriſd. cap.*20. bene obſervavit. Nimirum cognitio prætoria vel præſidialis eſt etiam in eo, cui mandata eſt juriſdictio, licet non ſit in judice dato. Quæ decretum requirunt & pro tribunali explicanda ſunt, prætorem deſiderari dicuntur, *l.ubicunque* 105. *de reg.jur.* nec tamen hinc excluditur is, cui juriſdictio mandata eſt, qui vice ejus, qui mandavit, fungitur; ſed tantum judices pedanei & magiſtratus municipales, qui pro tribunali non cognoſcebant: atque hinc explicandum quod dicitur in *l.*1. *§.ſuſpecti* 11.*ff.ad ſen.Turp.* ſuſpecti tutoris accuſationem tantum pro tribunali examinari poſſe, neque de hac quæſtione alium, quam præſidem poſſe pronunciare: nam hujus quoque rei cognitionem mandata juriſdictione tranſire conſtat, *l.*1. *§.*4.*ff.de ſuſpect. tut.*

14 Plane ſi quis quærat, an juriſdictione ſimpliciter mandata, etiam cognitio ſuper hujuſmodi cauſis translata intelligatur, reſponderem non intelligi translatam: neque enim omnia, quæ ſpecialiter mandari poſſunt, in genere mandata juriſdictione tranſeunt, per *l.*4. *de offic. ejus junct. l.*1. *§.*4. *ff.de ſuſp.tut.* ubi reſcripto deciſum, non an cognitio de ſuſpectis tutoribus in ſpecie mandari potuerit, ſed an juriſdictione ſimpliciter mandata, iſta quoque mandata intelligeretur. Sic in mandato procuratorio generali non omnia continentur, ſed quædam requirunt mandatum ſpeciale: quos caſus collegit *Mozz.c.de diviſ.mand.num.*11.*& ſeqq.*

15 Memini quoque quæſitum eſſe, an mixtum imperium mandari poſſit. Sed hæc quæſtio mihi inepta atque abſurda videtur, niſi ita accipiatur, an mandata juriſdictione, ſimul imperium, quod non eſt merum, tranſeat. Inauditum quippe eſt, imperium mixtum, quod juriſdictionis tuendæ cauſa comparatum eſt, veluti multam exigere, pignora capere, quod eſt apparitorum, ſeorſum mandari ſine juriſdictione. Quod ſi ita quæſtio proponatur, an mandata juriſdictione etiam imperium mixtum in eum, cui juriſdictio mandata eſt, tranſeat, nullam cauſam video, cur id affirmare dubitemus, cum ſine ullo imperio juriſdictio explicari nequeat, & ſunt in eam rem textus expreſſi in *l.*1. *§.*1.*l.ult. §.ult. de offic. ejus*. Plane imperium mixtum, quod juriſdictioni extraordinariæ & adventitiæ ſubſervit, mandata juriſdictione non magis tranſit, quam ipſa illa juriſdictio.

CAP. IX.

CAP. IX.

Quando juriſdictio mandata, quatenus & quo effectu translata intelligatur.

SUMMARIUM.

1 *Quando juriſdictio mandata intelligatur.*
2 *Quid interſit, magiſtratus an Princeps juriſdictionem mandet; item* n.3. & 4.
5 *Ex quo æſtimandum, quatenus juriſdictio tranſeat.*
6 *Juriſdictionem mandatam ſic transferri, ut ſemper maneat aliena; ejusque rei effecta.*
7 *Neque hinc excipiendum eſſe legatum proconſulis, ubi explicatur* l.4. §.ult. de off. proconſ.
8 *Sententia* l.13. eod. tit.
9 *Explicatio* l.2. quis a quo app.
10 *In eum, cui delegata eſt juriſdictio, etiam mixtum tranſire imperium; ubi inſignis veterum interpp. error reprehenditur.*
11 *Sententia* l.13. ff. hoc tit.
12 *Apud Belgas morem delegandi judices fere exoleviſſe.*

1. MAndata juriſdictio intelligitur, ubi magiſtratus dicit ſe mandare aut delegare alicui juriſdictionem ſuam, ſe juriſdictionem ſuam alicui exercendam dare, ſive velle ſe, ut quis in juriſdictione vice ſua & partibus fungatur, ſive juriſdictionem ſuam alicui dare, *l.3. l.4. de offic. ejus, l.ſolet 16. ff. hoc tit.* Neceſſe autem eſt, ut delegatus exhibeat literas mandati; alioquin ei non creditur, *c.cum in jure, de offic.deleg.*

2 At enim multum intereſt, Principsne, an magiſtratus his verbis utatur: nam ſi magiſtratus quibuſcunque ex ſuperioribus verbis uſus fuerit, nihil amplius, quam mandaſſe juriſdictionem intelligitur. Quod ſi magiſtratus judicem dare ſe aliquem dixerit, is nudus judex erit: cujus rei effecta hæc, ut nec juriſdictionem habeat, neque alium judicem dare poſſit, nec ſententiam, quam tulerit, valeat exequi, *l.a judice, C. de judic. l.5. l. a Divo 15. ff. de re jud.* quod contra eſſet, ſi his verbis juriſdictio mandata intelligeretur, *l.2. l.3. in fin. hoc tit. l.ult. §.1. de offic. ejus.*

3 Utrumque hoc contra in principe. Cum princeps juriſdictionem alicui dedit, is eam propriam habebit, non tanquam mandatam: utpote quæ tanquam a lege profecta ſit: ſiquidem poteſtas dandi & efficiendi propriam, quam magiſtratus non habent, in Principe cum voluntate concurrit, per *l.6. ff. hoc tit. junct. l.1. ff. de conſtit. princ.* Effectus hic, ut ne finiatur hæc juriſdictio morte Principis, quod contra futurum erat, ſi mandata

Digitized by Google

data tantum intelligeretur, *d.l.6. hoc tit.* Rurſus quem Princeps judicem tantum dedit, ei & juriſdictionem mandaſſe intelligitur, id quod poteſtas huic judici tributa manifeſte probat. Nam qui a Principe judex datus eſt, is etiam alium judicem dare poteſt; atque ab hujus ſententia appellatur is, qui eum dedit, non Princeps, *l.1. C. de judic. l.un. in fin. C. qui pro ſua juriſd. junct. l.1. l.ult. ff.quis a quo appell.* Atque hanc mentem eſſe Principis cauſam aliquam delegantis exiſtimari par eſt, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipſa executio majeſtate ejus eſt inferior.

4 Ceterum cum mandata duntaxat juriſdictio in perſona judicis a Principe dati accipiatur, idcirco morte Principis ea finietur, *d.l.6. ff. hoc tit.* Hinc jam facile intelligi poteſt, quatenus recipiendum, quod vulgo tradunt, delegatum Principis ſubdelegare poſſe, nempe poſſe eum alium judicem dare; idque ſemper, non tantum ſi propriam habeat ex datione Principis juriſdictionem, ſed & ſi mandatam duntaxat, qualem etiam in eo agnoſcimus, qui vel judex a Principe datus ſit: juriſdictionem autem alii delegare non poſſe, niſi ex voluntate Principis ejus propria facta ſit: quod ut jam diximus, contingit etiam juriſdictione a Principe mandata.

5 Quatenus mandata juriſdictio tranſeat, ex ipſo mandato æſtimandum eſt, quemadmodum & in ceteris rebus omnibus fines mandati cuſtodiendos eſſe conſtat, *l.ſolet 16. & ll.ſeqq. ff.hoc tit. l.5. ff.mandat.* ac proinde ad cautelam advocati pertinere tradunt, ut petat palam commiſſionem legi, atque animadvertat, quid & quantum mandatum ſit. Poteſt & ipſe committens ſuper dubio conſuli, *Gail.1. obſ.35. n.3. & ſeqq.* Et igitur ſi tota juriſdictio mandata eſt, univerſa tranſit, ut tamen ſemper excepta eſſe intelligantur, quæ mandanti ſpecialiter conceſſa ſunt: nam abſurdum eſſet generali oratione plus tribui & concedi poſſe, quam ſpeciali, *l. ſolet 16. ff. hoc tit. junct. l.1. §.1. l.2. de offic.ejus.* Si pars tantum mandata, puta in certas perſonas aut cauſas, nihil amplius, quam quod mandatum eſt, tranſit, *l.prætor 17. ff. hoc tit.* Quinimo etſi ſimpliciter & indefinite juriſdictio mandata ſit; ea tamen, quæ ſunt cognitionis prætoriæ, tranſire non puto, ſed ut tranſeant, opus eſſe mandato ſpeciali, ſecundum ea, quæ dicta ſunt capite præcedenti.

6 Quicquid autem hic transfertur, meminerimus hactenus tranſire, ut ſemper ſit aliena juriſdictio, neque pro ſuo imperio quicquam agat is, qui mandatam juriſdictionem ſuſcepit, etiamſi & ipſe prætor ſit: ſed mandatoris vice in ea exercenda fungatur, proprium nihil in ea habens, *d.l.1. §.1. l.3. de offic.ejus, d.l.ſolet 16. ff.hoc tit.* Unde eſt, quod ab eo, cui mandata eſt juriſdictio, non provocatur is, qui mandavit, ſed ille, a quo ipſe provocaretur, *l.1. §.1. ff.quis a quo appel.* ne videlicet idem videatur appellari ab eodem. Nec excipimus hic legatum proconſulis: nam & legati juriſdictio vicaria & aliena eſt, poſitumque in arbitrio proconſulis utrum juriſdictionem mandet, vel non mandet; quamvis mandatam temere aut inconſulto Principe revocare nequeat, *l.6. §.1. l.legati 13. de offic. proconſ.*

T 7 Ne-

7 Neque ei, quod dicimus, adverſatur reſponſum Ulpiani *l.4.§.ult.d.tit.* hoc enim juriſconſulti pronuntiato, *proconſul ingreſſus provinciam mandare juriſdictionem legato ſuo debet*, non ſimpliciter injungitur proconſuli juriſdictionis mandandæ neceſſitas; ſed verbum *debet* in hoc reſponſo ad tempus, quo mandanda juriſdictio eſt, refertur, præſuppoſita mandandi voluntate: ut hic ſit ſenſus, ſi vult mandare, debet hoc facere provinciam ingreſſus. Etenim non quæritur ibi, an mandare proconſul juriſdictionem poſſit vel debeat, ſed quando debeat, nimirum poſtquam provinciam ingreſſus eſt. Atque hanc eſſe ſententiam juriſconſulti evincit ratio ab illo ſubjecta: ait enim abſurdum eſſe, ut proconſul mandet juriſdictionem, prius quam ipſe juriſdictionem nactus ſit. Sed etſi hoc largiremur, proconſulem præciſe debere juriſdictionem legato ſuo mandare, ex eo tamen non protinus ſequitur, eam legati propriam fieri; nam alioqui & ipſe eam mandare alii poſſet, nec morte proconſulis ſolveretur, quod utrumque ſecus ſe habere oſtendimus capite proxime præcedenti.

8 Multo minus ex eo, quod Pomponius *l.13. de offic. proconſ.* ſcribit, legatos proconſulis nihil proprium habere, niſi a proconſule mandata eis fuerit juriſdictio, inferri poteſt; ergo ubi mandata eſt juriſdictio, eam habent propriam: ſed hoc tantum; ergo mandata juriſdictione, quædam propria habent, atque hoc ſuo ſenſu recte dici non negamus: hujus autem generis ſunt, quæ ſpecialiter legato tributa, occaſione quidem, ſed non vi mandatæ juriſdictionis, veluti tutoris datio, *l.1. §.1. ff. de tut. dat.* judicis dandi licentia, *l.12. §.1. ff. de judic.* jus multæ dicendæ, *l.2. in fin. ff. eod. tit.* quæ ideo legati propria eſſe dici poſſunt, quia ea a proconſule non recognoſcit: quod fuſius expoſui *cap. præced.*

9 Sed quærat aliquis, ſi legatus propriam juriſdictionem non habet, quæ ſit ratio, quod a legato appelletur proconſul, *l.2. ff. quis a quo appell.* cum a ceteris, quibus delegata eſt juriſdictio, provocetur, non qui mandavit, ſed ille, qui provocaretur ab ipſo delegante, *l.1. §.1. eodem.* Reſpondeo, non exiſtimo perpetuum eſſe, ut a legato provocetur proconſul, ſed in iis duntaxat cauſis obtinuiſſe, quas diximus ex ſpeciali conceſſione, non vi mandatæ juriſdictionis ad legatum pertinere; puta ſi tutoris aut judicis a ſe dati excuſationem non admiſerit, aut multam alicui dixerit. Neque huic reſponſioni noſtræ refragatur Venulejus in *d.l.2. quis a quo appell.* quoniam & ille multæ dictionis tantum meminit, nec dicit ſimpliciter proconſulem a legato appellari, ſed appellari poſſe: nempe aliquando, & poſitis, ut loquuntur, terminis habilibus.

10 Porro cum is, cui juriſdictio mandata eſt, in ea exercenda vice mandantis fungatur, & ut ſupra demonſtravimus, etiam imperium mixtum, quod juriſdictionis defendendæ & exequendæ gratia comparatum eſt, tranſeat, poterit utique mandatarius & ſententiam, quam dixit, ipſe exequi, *l.1. §.ult. l.ult. §.1. de offic. ejus, l.2. ff. hoc tit.* Atque inſignis veterum interpretum hic error eſt, qui negant, poſſe delegatum juriſdictionis ſen-

tentiam

ſentiam ſuam executioni mandare, *Bart. & DD. in l.a D.Pio* 15. *ff.de re jud. & l.*5. *ff. hoc tit.* quos ſequitur *Gail. lib.*1. *obſ.*97. *num.*7. Decepit eos *d.l.*15. *pr.de re jud.* quoniam non animadverterunt Juriſconſultum illic loqui de judicibus datis ſeu pedaneis, non de eo, cui mandata eſt juriſdictio. Nimirum illi confundunt mandatarium juriſdictionis cum judice pedaneo: item mandare juriſdictionem, & judicem dare aut delegare: unde exiſtimarunt nec judicem dari poſſe ab eo, cui delegata eſt juriſdictio, per *l.*5. *ff.hoc tit. l.ult. de offic. ejus*. Sed longe aliud eſt juriſdictionem mandare aut delegare, aliud ſimpliciter dare judicem. Qui juriſdictionem mandat, is quidem etiam judicem conſtituit, ſed cum imperio & poteſtate exequendi: quod is, cui juriſdictio mandata eſt, hoc eſt, commiſſa alienæ juriſdictionis exercitia, facere non poteſt. Judicem vero dare non prohibetur, *l.*1. *l.*3. *ff. hoc tit.* quia judice dato non transfertur juriſdictio, ſed nuda ſolummodo notio conceditur, id eſt, facultas cognoſcendi & judicandi ſine judicati exequendi poteſtate, *l.*5. *& d.l.*15. *de re judic.*

11 Obſtare creditur reſponſum Ulpiani in *l.eum qui* 13. *pr. ff. hoc tit.* ubi Juriſconſultus ait eum, qui judicare jubet, Magiſtratum eſſe oportere. Is autem, cui juriſdictio mandata eſt, non eſt Magiſtratus. Verum παχυμερέστερον hunc locum accipi oportet, non ut excludatur is, cui mandata eſt juriſdictio, qui vice magiſtratus fungitur, ſed ut intelligamus non poſſe jubere judicare eum, qui magiſtratus nunc non ſit, aut juriſdictionem nunc non habeat, quamvis tunc cum haberet, judicem dederit, ſecundum id, quod ſtatim ſubjicitur *§.*1. *d.l.*13. *Pet. Fab. in l.nemo poteſt* 70. *de reg. jur.*

12 Mos dandi judices apud nos in totum exolevit: nam delegati a Collegiis, quos Commiſſarios appellamus, huc non pertinent: neque ab iis, qui ſummæ rei præſunt, in cauſis reviſionum aliiſve extra ordinem delegati. Et jam olim a Diocletiano ipſis magiſtratibus cognoſcendi & judicandi impoſita neceſſitas, extra quam ſi vel occupationibus publicis, vel multitudine cauſarum ipſi cognoſcere impedirentur, *l.*2. *C.de pedan.judic.* Ac neque illud apud nos moris eſt, ut magiſtratus delegent juriſdictionem ſuam. Quomodo & quando mandata & translata juriſdictio finiatur, quæ quæſtio ex quatuor ſupra *cap.*8. propoſitis, poſtrema eſt, dicetur in commune *cap.ult.*

CAP. X.

De Juriſdictione prorogata.

SUMMARIUM.

1 *Juriſdictio prorogata quid ſit, & quo colore ſuſtineatur.*
2 *Non eſſe locum prorogationi niſi inter eos, qui communi imperio ſubjecti.*

3 *Nec niſi in diverſis magiſtratibus, qui non ſint ſimul domini territorii.*
4 *In prorogatione ſolum partium conſenſum requiri.*
5 *Eum, in quem conſenſum eſt, aliquam juriſdictionem habere debere.*
6 *An mandata juriſdictio poſſit prorogari, & n.7.*
8 *Ex quatuor prorogandi formis, quas vulgo ſtatuunt, illum de loco ad locum juri noſtro parum convenire, item n.9. & 10.*
11 *An juriſdictio judicis ita prorogari queat, ut quolibet loco in ſuo territorio jus dicat.*
12 *An veteribus cognita prorogatio de tempore ad tempus, ubi exponitur l.2. §.2. ff.de judic.*

1 SPecies altera juriſdictionis non propriæ eſt, quæ dicitur prorogata. Prorogatio juriſdictionis nihil aliud eſt, quam juriſdictionis extra fines ſuos conſenſu privatorum facta productio. Hanc ergo juriſdictionem privati quodammodo tribuunt: quippe cum cujuſque juriſdictio ſuis terminis circumſcripta ſit, extra quos eam ſine prorogatione exercere non liceat, *l.ult. ff.hoc tit. l.1. l.2. ff.de judic.* Ceterum quod de mandata juriſdictione traditum eſt *l.6. ff. hoc tit.* eam quidem principaliter non dari aut deferri a lege; ſed mandatam lege confirmari, hoc vel magis dicendum eſt de prorogata, ſcilicet eam quoque lege confirmatam eſſe; & haud dubie ideo, quia ad lites facilius expediendas pertinet: niſi enim prorogatio confirmatione legis niteretur, nunquam ea efficeret, ut decretis aut ſententiis magiſtratuum aut judicum excedentium modum juriſdictionis aut notionis ſuæ ſtandum eſt, per *l.3. C. hoc tit.*

2 Hoc autem evidens argumentum eſt, non eſſe prorogationi locum, niſi inter eos, qui communi imperio, & verbi cauſa uni eidemque Principi ſubjecti ſunt. Nam exempli gratia ſi ſubjectus regis Galliæ proroget juriſdictionem magiſtratus Belgici, prorogatio iſta non erit efficax. Et quod dicitur magiſtratum unum debere exequi ſententiam alterius, id quoque obtinet duntaxat in magiſtratibus, qui ſubjecti ſunt uni atque eidem capiti; aut eſt meræ gratiæ. Atque ex hoc fundamento defenditur conſtitutio juris Canonici, quo clericus prohibetur prorogare juriſdictionem judicis laici, *c.ſignificaſti, c.ſi diligenti, de for.compet.* Jure autem civili id ſecus eſt, *l.pen. C.de pact. l.placet 17. §.1. C.de epiſc.& cleric. Nov.123.c.21. & ſeqq.*

3 Sed & prorogationi duntaxat locus eſſe videtur in diverſis magiſtratibus, qui meri ſunt & ſimplices magiſtratus: quippe, quorum nihil intereſt prorogari alterius juriſdictionem: ſecus autem eſſe in iis, qui ſimul ſunt toparchæ & domini territorii habentes juriſdictionem patrimonialem; ne ſcilicet his invitis auferatur jus, quod habent, id eſt, ne cogantur carere fructibus juriſdictionis ſuæ, ut loquuntur, puta multis aliiſque pœnis pecuniariis, quæ lucro talem juriſdictionem habentium cedunt, *fac. c. ex tranſmiſſa x. de for. compet.*

4 Il-

4 Illud ante omnia pro certo habendum eſt, prorogationem eſſe actum partium, ac proinde non aliorum conſenſum hic exigi, quam ipſorum litigatorum, ac ne ejus quidem, cujus juriſdictio prorogatur; denique nec judicis ordinarii ſive competentis, utpote cui nihil adimitur, *l.2. §.1. ff. de judic. Vult. in l.1. C. hoc tit. n.66.* Sane quidem ut invitus jus dicat is cujus juriſdictio prorogata eſt, cogi non poteſt: ceterum ſi dixerit, etiamſi crediderit ſuam eſſe juriſdictionem, valebit quod inter conſentientes ſtatuerit, *d.l.2. §.1. ff. de judic. Vult. ad. d.l.1. n.168. C. hoc tit. Duar. ad tit. de judic. c.de foro compet. Gail.1. obſ.40. n.3.*

5 Nec minus illud ſemper conſtitit eum, in quem conſenſum eſt, aut tribunali præeſſe, aut aliam juriſdictionem habere debere, *l.1. ff. de judic.* neque enim poteſt privatorum conſenſus juriſdictionem tribuere ei, qui nullam jure publico conceſſam habeat, nec quod is ſtatuit, judicati continere auctoritatem, *l.3. C. hoc tit.* Denique quod non eſt, prorogari non poteſt, *l.5. ff. de precar.*

6 Dubitatum eſt de juriſdictione mandata, an & illa prorogari queat. Negant *Bart. in l.1. ff. de jud. n.5. Cyn. Salic. Vult. in l.1. C. hoc tit. Scip. Gentil. lib.2. cap.13.* Ajunt *Zaſ. in l. ſi per errorem 15. ff. hoc tit. n.15. Bald. in d.l.1. ff. de judic. Duar. cap.2. de juriſd. Bocer. cap.7. n.20.* Prior ſententia obtinere videtur jure Canonico, *cap. cum olim 32. & cap. P. & G.4. de off. & poteſt. jud. deleg.* poſterior jure civili, *d.l.1. ff. de judic.* ubi juriſconſultus ait, in conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, aut aliam juriſdictionem habet, eſſe juriſdictionem: neque enim hoc alium ſenſum habet, quam ſi dixiſſet, prorogari poſſe conſenſu partium non modo juriſdictionem propriam, verum etiam mandatam. Aſſentior autem *Baldo in d.l.1. in addit. ſub fin. Bocero d.c.7.* diſtinguentibus, utrum univerſa juriſdictio mandata ſit, an pars tantum & in ſpecie ad unam aliquam cauſam: ut illo caſu etiam mandatæ juriſdictionis prorogationi locus ſit, hoc non item. Ac de poſteriori hoc caſu loca illa juris pontificii intelligenda eſſe apparet ex ipſo contextu: neque hoc caſu aliud juris erit in delegato Principis, *per dd. text.* Ad priorem autem caſum referendus eſt locus Ulpiani *d.l.1. ff. de judic.* nimirum ad caſum, quo mandata eſt alicui juriſdictio univerſa. Neque hujus diſtinctionis ratio obſcura eſt: nam cum magiſtratus totam ſuam Juriſdictionem alicui mandat, mandatarius in partibus omnibus mandatoris vice fungitur, ut abſurdum ſit hoc caſu prorogationi non patere locum. At cum ad unam aliquam cauſam mandatur juriſdictio, extra id, quod mandatum eſt, nihil exerceri poteſt, ne fines mandati excedantur.

7 Objiciunt Salicetus & Sichardus *in l.1. C. hoc tit.* quod mandata ſeu delegata juriſdictio ſit limitata ad certam perſonam. Quid tum poſtea? nam & propria ſive ordinaria eodem modo limitata eſt. Quod ſi per perſonas intelligunt perſonas litigantium, jam delegatio erit ſpecialis, cujus prorogationem nec nos admittimus. Non obſtat quoque, quod ajunt de-

legatum

legatum non poſſe ſubdelegare: quoniam ex eo non recte collegeris nec juriſdictionem ejus prorogari poſſe. Sunt enim hæc plane diverſa, eum, cui mandata eſt juriſdictio, alteri eandem mandare, & ei ipſi juriſdictionem conſenſu partium prorogari. Hæc puto rei intelligendæ ſufficere: qui tamen volent, adire poterunt *Enucleat. Don. lib.17. comm. c.10.& ibid.alleg. lit.P.*

8 Interpretes fere quatuor eſſe ſtatuunt juriſdictionis prorogandæ modos; de loco ad locum; de tempore ad tempus; de re ad rem (ſub qua ſpecie comprehendo de cauſa ad cauſam, de quantitate ad quantitatem, de caſu ad caſum) de perſona ad perſonam. Sed vereor ne hæc juri noſtro conſentanea non ſint. Nam non ſine cauſa de primo modo dubitant nonnulli, an ita de loco ad locum juriſdictio prorogari poſſit, ut vi prorogationis etiam extra territorium juris dicundi poteſtas acquiratur, verbi gratia, an judex Mutinenſis ex prorogatione Bononiæ cognoſcere & judicare queat. Affirmant quidem hoc *DD. comm. Alex. in l.ult. ff.de juriſd. Abbas in c.novit.7. de off. & pot. jud. del. Zaſ. in l.pen. ff.de juſt. & jur. num.25.* & porro etiam quærunt, an hic præciſe expreſſus partium conſenſus requiratur, & an etiam neceſſarius conſenſus judicis illius loci, ſeu expreſſus, ſive ſaltem tacitus. Sed ſi obtinemus ex ratione juris noſtri nullam eſſe hujuſmodi de loco ad locum juriſdictionis prorogationem, diſputatio illa tota inutilis eſt. Viderunt hoc *Bart. in l.2. ff.de judic. in pr. n.7. Bald.ibid. n.7. Salic. in l.1. C.hoc tit.n.5.* nos etiam evidentiſſimis argumentis id tibi probatum ibimus.

9 Primum conſtat magiſtratus omnes extra fines territorii ſui privatos eſſe, *l.3. de offic. præſid. l.ult. de off. præf. urb. l.ult. ff.hoc tit.* At privato tribui juriſdictio conſenſu litigantium non poteſt, *l.1.ff.de judi c.l.3.C.hoc tit.* & ineptum eſt, quod *Alexand. in d.l.ult. ff.hoc tit.* profert, judicem habere juriſdictionem in habitu, ubicunque ſit: nam valde inſubtiliter juriſdictio comparatur cum habitu, id eſt, vi animi longo uſu & crebris actionibus parta. Imo juriſdictio plane non eſt habitus, ſed jus quoddam & poteſtas in ſubjectos cives publice tributa, certos terminos ac limites ſuos habens. Ex eo vero, quod actus voluntariæ juriſdictionis, puta manumiſſio, adoptio, etiam extra territorium apud magiſtratum exerceri poſſunt, non recte intuleris, ex prorogatione in volentes & conſentientes extra fines ſuos etiam extendi poſſe juriſdictionem contentioſam. Nam ex natura juriſdictionis voluntariæ eſt, quod ubique exerceri poſſit, non ex voluntate aut prorogatione privatorum. Exercetur in volentes & conſentientes, nec aliter poteſt: ſi extra provinciam jus dicentis, id ex accidenti contingit. Itaque ſi quis, verbi gratia, ſervum ſuum apud proconſulem nondum provinciam ingreſſum manumiſerit, is non poteſt dici prorogaſſe juriſdictionem proconſulis, non magis, quam ſi apud provinciam jam ingreſſum manumiſiſſet. Manet autem eadem juriſdictionis contentioſæ natura, neque ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec om-

omnes actus voluntariæ juriſdictionis extra provinciam explicari poſſunt: imo nulli ex iis, quæ cauſæ cognitionem pro tribunali deſiderant, quod jam aliquoties a nobis & dictum & demonſtratum eſt.

10 Ad hæc ubi ſemel ex conſenſu partium prorogata eſt juriſdictio, etiam in invitos ea exercetur: at hoc in alieno territorio fieri non poſſe apud omnes in confeſſo eſt. Quod ſi vim iſtam haberet juriſdictio prorogata, ad eam exercendam non opus eſſet conſenſu judicis territorii, quippe qui hoc modo nec alteri juriſdictionem tribuere, nec ſibi adimere poteſt. Non adverſatur *cap. 11. §. in nullo, de reſcript. in 6.* illic enim ſermo eſt de delegato pontificis, quem tanquam delegatum Principis conſtat ubique jus dicere poſſe.

11 Sed nec illud ſimpliciter admittendum eſt, poſſe ita juriſdictionem judicis prorogari, ut quolibet loco in ſuo territorio jus dicat. Nam quæ decretum deſiderant, & cauſæ cognitionem, ea omnia pro tribunali expedire oportet, atque eo in loco, ubi ſalva publica majeſtate ſervatoque more majorum jus reddi ſolet, *l. pen. ff. de juſt. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res privatorum pactis mutari non poteſt, *l. neque ex prætorio 27. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum decretumve eſt, auctoritatem judicati habeat, *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* atque hoc ipſum etiam Mario Solomonio pridem obſervatum eſt in *l. pen. ff. de juſt. & jur.* Quæ vero cauſæ cognitionem non deſiderant, præparatoria judicii, interrogationes, &c. illa quidem alio quoque loco a magiſtratu aut judice tractari poſſunt, & vel domi ſella poſita vel in itinere, *l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fac.* ſed poſſunt etiam citra partium conſenſum, nimirum ubi magiſtratui viſum fuerit. Itaque ex ratione juris noſtri nulla eſt de loco ad locum juriſdictionis prorogatio. Moribus Tranſiſulaniæ receptum eſſe ut judices unius territorii in alterius territorio ex conſenſu partium etiam contentioſam juriſdictionem exerceant, adeoque ad inſtantiam unius partis, quæ ſuis id ſumtibus poſtulet, auctor eſt *Buſ. ad l. 2. de offic. proconſ. n. 3.*

12 Qui juriſdictionem de loco ad locum recte prorogari ſtatuunt, argumentum ſumunt a prorogatione de tempore ad tempus, quaſi extra controverſiam poſitum eſſet, quod illi ſupponunt, de tempore ad tempus juriſdictionem prorogari poſſe. Nos vero nec hujuſmodi ſpeciem veteribus cognitam aut uſurpatam credimus. Proferunt illi ad ſententiæ ſuæ confirmationem textum in *l. 2. §. 2. ff. de judic.* At nego textum iſtum ad ullam prorogandæ juriſdictionis formam pertinere: loquitur enim ibi Juriſconſultus tantum de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui duntaxat nudam notionem habet, non juriſdictionem, *l. 5. ff. de re judic.* juſſus eſt litem ſibi commiſſam dirimere. Cum autem tempus hoc favore litigantium intelligatur adjectum, rationis eſt, ut eorundem expreſſo conſenſu etiam prorogari poſſit, utique ſi & ipſe judex ad tempus datus conſentiat: utrumque enim in hac ſpecie prorogationis deſideratur, *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet & ipſe judex ſine conſenſu ſuo a privatis oneretur munere ju-

dicandi:

dicandi: in ea autem, quæ de perſona ad perſonam dicitur, id neceſſe non eſt. Atque ita quoque hunc locum acceperunt *Marant.p.4. diſt.12. Bald. in l.7. C.de epiſc. audient. n.8. Caſtrenſ. in d.l.2. §.2. n.6. add. Ant.Fab.ad d.l.2. §.2. in rational.* Illud probandum erat, ejus, qui officium annuum a populo aut principe accepit, conſenſu partium juriſdictionem prorogari poſſe, ita ut etiam finito magiſtratu & adhuc poſt annum inter conſentientes jus dicere poſſit, quod nunquam oſtendent. Imo vero etſi oſtenderent, nondum tamen hoc evincerent, poſſe ob id etiam de loco ad locum juriſdictionem prorogari. Quamvis enim interdum tempus & locus comparantur, ut in *l.vinum 22. ff.de reb. cred. l.ſi ſoluturus 39. ff.de ſolut.* nemo tamen tam infans eſt in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno ſtatutum eſt, id continuo ad aliud quoque transferendum eſſe, cum ſint plane diverſa, & in ſpecie propoſita temporis prorogatio privatam litigantium utilitatem reſpiciat, loci publicum decus. Ex his opinor perſpicuum eſt, neque prorogationis de tempore ad tempus ullum uſum eſſe extra ſpeciem, quæ proponitur in *d.l.2. §.2. ff.de judic.*

CAP. XI.

De prorogatione de re ad rem, & de perſona ad perſonam.

SUMMARIUM.

1 *In prorogatione de re ad rem neceſſe eſſe, ut cauſæ ſint ejuſdem naturæ.*
2 *Quando procedat prorogatio, ſi de aliis cauſis pecuniariis judex aditus ſit, quam quibus præfectus eſt, &* n.3.
4 *Forma prorogationis de perſona ad perſonam.*
5 *Quomodo quo effectu ſe quis ſubjiciat juriſdictioni alicujus, &* n.10.
6 *Quando per prorogationem expreſſam juriſdictio fundata intelligatur, ubi declarantur* l.22. §.5. ff.ſol.matr. & l.4. C.hoc tit.
7 *Quando tacite juriſdictio prorogata cenſeatur.*
8 *Et an oppoſita exceptione dilatoria.*
9 *Non conſentire, qui per errorem alium adeunt, aut viribus prætura compulſi.*
11 *Quid in perſonis eccleſiaſticis & ſtudioſis: ubi & jus harum regionum.*
12 *Effectus juriſdictionis prorogatæ.*

IGitur duabus prioribus juriſdictionis prorogandæ formis, de loco ad locum, de tempore ad tempus, hinc remotis, ſuperſunt duæ poſteriores, quarum altera de re ad rem ſive de cauſa ad cauſam, altera de perſona ad perſonam interpretibus noſtris dicitur, atque utriuſque hujus ſpeciei etiam apud veteres uſus fuit. Poſſe juriſdictionem de re ad rem prorogari conſtat

ſtat ex *l.de qua re* 74. §.1. *ff.de judic. l.inter convenientes* 28. *ff.ad munic.*

1 Ceterum & hæc prorogatio intra terminos ſuos cohibenda. Et primo neceſſe eſt,ut cauſæ ſint ejuſdem naturæ, nec genere ſummo tantum conveniant,ut cauſæ civiles & criminales. Nam qui civilibus duntaxat præeſt, is ex prorogatione de criminalibus cognoſcere non poteſt, *l.1.C.ubi cauſ.Fiſcal.Sichard.in l.1.C.hoc tit.n.*8. neque qui criminalibus tantum, vi prorogationis de re pecuniaria jus dicere, *l.ſolemus* 61. §.1. *ff.de judic.* Sed nec ejus,cui certarum cauſarum criminalium cognitio conceſſa eſt,audientia ad alias cauſas,licet ejuſdem generis, prorogari poteſt;quoniam in cauſis, quæ aliis exercendæ mandari non poſſunt,nec locus eſſe poteſt prorogationi. Doctorum quidem communis ſententia eſt,poſſe juriſdictionem criminalem prorogari,modo is,de cujus juriſdictione proroganda agitur,habeat jus cognoſcendi de crimine,cujus quis reus poſtulatur,*Gail.c.*10.*de pac.publ.n.*10. at hæc non cauſæ ad cauſam, ſed de perſona ad perſonam prorogatio eſt.

2 Illud hic ſcio quæſitum eſſe, ſi de aliis cauſis pecuniariis, quam quibus præfectus eſt, judex aditus ſit, an ſemper hoc caſu conſenſu partium prorogetur illius juriſdictio. Ego intereſſe arbitror,utrum genere cauſarum definita ſit juriſdictio, an ſumma aut quantitate: ſi genere cauſarum, extra illas cauſas juriſdictionem prorogatione non extendi. Ut ecce,ſi prætor tutelaris aut fideicommiſſarius de aliis cauſis,quam quæ ad juriſdictionem eorum pertinent,aditi fuerint, nego eos de hujuſmodi cauſis ex conſenſu partium cognoſcere poſſe; ne ſit in poteſtate privatorum novam alicui juriſdictionem dare. Quod autem legimus poſſe alium prætorem pro alio, cujus juriſdictio eſt, adiri, ut in *l.ſi per errorem* 15.*l.ſi convenerit* 18. *ff.hoc tit.*Id ſic accipiendum eſt, ſi utriuſque juriſdictio ſit indefinita, puta ſi prætor peregrinus aditus ſit pro urbano, aut contra, uti hoc etiam accepit Gloſſa. Neque obſtat huic diſtinctioni *l.1. C. hoc tit.* Nam & procuratoris fiſci generalis eſt juriſdictio in cauſis civilibus:quod vero hactenus ea reſtricta eſt, ut tantum privatos inter & fiſcum procurator cognoſcat, id non debet impedire facultatem prorogandi. Pertinent ergo hæ formæ prorogationis ad eam,quæ de perſona ad perſonam vulgo appellatur.Atque hanc etiam arbitror eſſe ſententiam plerorumque interpretum, *Gloſſ. in l.inter convenientes* 28.*ad munic.Panorm.in c.P.& G.de offic.& pot.jud.del.Jaſ.in d.l.ſi per errorem,hoc tit.col.*1.*Coſtal.in l.ſolemus* 61.§.1.*ff.de judic.Sichard.in l.*1.*C.hoc tit.n.*8.qui omnes definiunt,prorogationem fieri non poſſe in rebus diverſi generis,& exempli gratia, non poſſe judicis,cui de controverſiis certarum mercium cognitio data eſt,juriſdictionem ad aliud genus mercium prorogari.

3 Quod ſi ſumma aut quantitate definita ſit alicujus juriſdictio, hic prorogationem admittimus,propter connexionem & affinitatem,quia ſit in eodem genere:quanquam ex hac prorogatione jus de majori ſumma cognoſcendi conſequatur, qui jure ordinario de minore duntaxat cognoſcit, *l.de qua re* 74.§.1.*ff.de judic.l.*28.*ad munic.* Quamvis igitur,ut ex *Quintil.lib.*3. *c.*6.diſcimus, fideicommiſſorum Juriſdictio ita partita fuit, ut prætor fidei-

commiſſarius uſque ad certam ſummam de his cognoſceret, de majore ſumma conſules jus dicerent, quod & firmat locus Ulpiani *in fragm. tit.25. §.10.* tamen hic ex conſenſu partium prætori juriſdictio prorogari, & de ſumma etiam prætoria cognitione majore adiri prætor potuit. Putavere nonnulli in *d.l.de qua re 74. §.1. ff.de judic.* agi de ſimplice & pedaneo judice, ſicut in *d.l.2. §.2. ff.eod.tit.* ſed falſo. Nam judici pedaneo unus aliquis actus tantummodo committi ſolet, præſcripta certa formula & reſervata danti poteſtate exequendi. At in *d.l.de qua re, §.1.* agitur de judice, qui ſimul juriſdictionem aliquam habet: quippe qui conſtitutus ſit non ad unam aliquam cauſam, ut in *d.l.2. §.2. de judic.* ſed generaliter ad cauſas omnes, ceterum uſque ad certam ſummam, *fac. l.28. ad munic.*

4 Supereſt ſpecies prorogationis notiſſima atque uſitatiſſima de perſona ad perſonam, de qua tractatur in *l.ſi per errorem 15.l.ſi convenerit 18. ff.hoc tit. l.1. l.2. pr.ff.de judic. l.1. l.3.C.hoc tit.* atque ad hanc fere ſolum pertinet diſtinctio prorogationis in expreſſam & tacitam, quæ in hac diſputatione maxime principalis eſt. Si id quod brevi definitione complexus eſt Ulpianus *l.1. ff.de judic.* paulo latius explicuerimus, poterit res tota facile percipi. Ait: *Si ſe ſubjiciant aliqui juriſdictioni & conſentiant, in conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, aut aliam juriſdictionem habet, eſt juriſdictio.*

5 Subjicit quis ſe juriſdictioni alicujus vel expreſſe, vel tacite, id eſt, vel aperta conventione, vel re ipſa & facto. Conventio hæc aut nuda eſt & ſimplex, aut juſta & legitima. Qui ſimpliciter extra judicium in alium judicem conſenſit, ſententiam mutare, prius quam is adeatur, impune poteſt: nempe ubi de proroganda juriſdictione judicis incompetentis & de paciſcente obligando agitur, breviter, ſi convenerit, ut alterius juriſdictionem ſubeat, *d.l.ſi convenerit 18. ff.hoc tit. junct.l.7.§.4.ff.de pact.* Quando autem paciſcendo non id egit, ut ſe alterius juriſdictioni ſubjiceret, ſed ne fori præſcriptione uteretur revocando ad judicem, quem ex privilegio habet, hæc pactio exceptione aut replicatione ſervari poteſt, *l.pen.C.de pact. & ibi Donell. n.4.* Juſta autem & legitima conventio, qualis jure civili eſt ſtipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea naſcitur, non poteſt. Non utique, quod is, qui id juſta conventione caverit, diſtricte cogatur judicis, cujus ſe juriſdictioni ſubjecit, audientiam ſequi: ſed quod voluntatem mutans teneatur in id, quod intereſt adverſarii, aut pœna ſubjecta adverſus eum committatur, ut tenent omnes *DD.in d.l.ſi convenerit 18.hoc tit.teſte Zaſ.ibid.n.13.* Hodie autem hæc conventionum diſtinctio ſupervacua eſt, cum etiam nudo ex pacto actio nunc naſcatur, juxta ſcita juris Canonici *c.2.& c.3.x.de pact.*

6 Enimvero ſi ex conventione litigatores etiam prætorem adierint, iſque partes ſuas interponere cœperit, tunc ex ratione juris noſtri juriſdictio prorogata intelligitur, etiamſi lis nondum conteſtata ſit, *d.l.ſi convenerit, ff.hoc tit. Vult.ad l.1.C.hoc tit. n.152. Bachov.de juriſd. prorog.n.12.* Doctores quidem communiter ad hoc etiam litis conteſtationem requirunt,

arg.

arg.l.ſi cum dotem 22. §.5. *ff.ſolut.matrim.* & *l.*4. *C.hoc tit.* ſed ex neutro horum locorum efficitur, quod volunt. In *d.l.*22. §.5. *ſol.matrim.* quæritur, quo tempore filia patri dotem repetenti conſentire debeat, & reſpondet juriſconſultus, quo lis conteſtatur: ſi vero ante dixerit ſe patri conſentire, & prius quam lis conteſtetur, mutaverit voluntatem, fruſtra partem agere. Ex hoc autem loco minime probatur, lite demum conteſtata juriſdictionem fundari per prorogationem expreſſam: hoc enim nihil commune habet cum iſto. Et ſi procedere velimus argumentationem, ponendus eſſet caſus, quo filia in jure patri conſenſiſſet. Adde quod per conſenſum filiæ inducatur quædam actionis ceſſio, & junge *l.*3. *C.de novat.* Alter autem locus, nempe *l.*4.*C.hoc tit.* intelligendus eſt de prorogatione tacita; expreſſa vero ut plus tribuatur, ratio ſuadet: durumque omnino eſt *d.l.ſi convenerit*, *ff.hoc tit.* accipi de litis conteſtatione, qui actus fere ultimus erat eorum, quæ in jure apud prætorem expediebantur.

7 Re ipſa & facto ſe quis ſubjicit juriſdictioni alicujus, ſi ad non ſuum judicem vocatus, audientiam ejus elegit, id eſt, actionem ſuſcepit, ſive litem conteſtatus eſt, omiſſa fori præſcriptione, *l.ſed* & *ſi* 52.*ff.de judic.l.*4.*C.hoc tit.* Ceterum ante litis conteſtationem ſi reus quid dixerit aut fecerit, verbi cauſa, ſi deſideravit ſibi edi genus actionis, non videtur in judicem conſenſiſſe, *l.non videtur* 33.*ff.de judic.* Nemo enim editionem actionis poſtulat, ut neget, quod intenditur; ſed ut cognoſcat, qua actione conveniatur, eoque cognito ſecum deliberet, utrum cedere, an judicio contendere ſibi magis expediat, *l.*1.*ff.de edend.Joan.* & *Azo in l.*1. *ff.de judic.Zaſius ad l.ſi convenerit* 18.*n.*3.& 4.*hoc tit.* Itaque duæ res hic reum juriſdictioni ſubjiciunt, ſuſceptio judicii quaſi ex contractu, *arg.l.*3. §.*idem ſcribit* 11. *ff.de pecul.* deinde fori præſcriptionis initio litis opponendæ omiſſio, *l.ult. C.de except.* aut verius ſola litis conteſtatio.

8 Interpretes noſtri etiam exceptione dilatoria oppoſita, juriſdictionem tacite prorogari cenſent, quaſi & hoc modo lis conteſtetur, & ideo ſuadent ut reus comparens ſi hujuſmodi exceptionem proponere velit, utatur proteſtatione de non proroganda juriſdictione, niſi quatenus jure teneatur, *Zaſ. in d.l.*18.*n.*29.*Salic.in l.*1.*C.hoc tit.n.*4.*Sich.ibid.n.*7.*Mynſ.*4.*obſ.*27.*Gail.*1. *obſ.*33.*n.*11.&c. verum hoc non eſſe juris noſtri civilis rationi conſentaneum bene oſtendit *Bachov.de juriſd.prorog.n.*13. utut forte in praxi obſervatur.

9 Ait Ulpianus in *d.l.*1. *ff.de judic.* & *conſentiant*, *in conſentientes*, &c. nam ſi quis alium judicem pro alio adierit, putans ejus juriſdictionem eſſe, cujus non erat, aut viribus præturæ compulſus admiſerit, non valebit, quod actum eſt, *l.ſi per errorem*, *ff.hoc tit. l.*2.*pr.ff.de judic.* Plane non aliorum hic conſenſum requirimus, quam ipſorum litigatorum, ac ne judicis quidem aditi, *d.l.*2. §.6. quod latius expoſitum ſupra eſt, ut & reliqua definitionis propoſitæ:

10 In ſumma ſive exterus quis, ſive miles, ſive paganus, ſive ſtudioſi, ſive perſonæ eccleſiaſticæ alterius judicis, quam ad cujus juriſdictionem pertinebant,

Digitized by Google

nebant, audientiam ultro ſecuti fuerint, in conſentientes cujuſvis judicis eſt juriſdictio, *d.l.*1.*ff.de judic.l.*1.*C.hoc tit.l.pen.C.de pact.* dummodo jus dicat in ſuo territorio, & cauſæ, de quibus aditus eſt, ad juriſdictionem ejus pertineant.

11 Eccleſiaſticis quidem perſonis proprii judices attributi poſteriorum imperatorum conſtitutionibus, *l.placet* 17. *C.de epiſc.& cleric.auth.ſtatuimus, C.de epiſc. audient.*uti & ſtudioſis,*auth.habita,C.ne fil.pro patr.*ſed ita ne inviti ad alios vocentur: nam quo minus alterius juriſdictioni ultro ſe ſubjiciant, & privilegio ſuo renuntient, nihil eſt impedimento, *d.l.pen.C.de pact.* Jus autem Canonicum eccleſiaſticos juriſdictioni magiſtratus politici penitus exemit, *c.ſignificaſti, c.ſi diligenti x.de for.competent.*ſed hoc in ditionibus confœderati Belgii non obſervatur. Imo nec jure civili Juſtinianeo epiſcopi juriſdictionem habent, quia nec forum, nec apparitionem, nec executionem, ſed audientiam duntaxat, id eſt, cognitionem & judicium: idque habent tantum in clericos & monachos in cauſa religionis negotiove eccleſiaſtico, non in alios vel aliis in cauſis, niſi inter conſentientes, ut patet ex *Novell.Valentin.de epiſcop. judic.& lib.*1. *C.Juſtin. tit.*4. qui ob id non de *epiſcopali juriſdictione*, ſed de *epiſcopali audientia* inſcriptus eſt, *Cujac.parat. C.eod.& plenius clariſſ.D.Theod.Granſwink.lib.de jur.majeſt.c.*5. Dixerim autem ſtudioſum aliaque membra Academiæ noſtræ Leidenſis non poſſe prorogare juriſdictionem magiſtratus urbani, propterea quod juriſdictioni Rectoris & aſſeſſorum privative ſubjiciuntur, *Art.*39.*ſtatut. Academ. Leidenſ.*

12 Effectus juriſdictionis prorogatæ hic eſt, ut tantum judex electus juris in conſentientes habeat, quantum haberet, ſi jure ordinario ad juriſdictionem ejus pertinerent. Nam prorogata juriſdictio ejuſdem efficitur naturæ & conditionis, cujus eſt ordinaria. Quamobrem ſi a judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata juriſdictione: ſi mandatam habuit, ea finita etiam finietur prorogata, *Vaſq.*2.*controv.uſ.freq.*14. *n.*25.

CAP. XII.

Quibus modis juriſdictio finiatur?

SUMMARIUM.

1 *Quando prorogata juriſdictio finiatur.*
2 *Quibus modis finiatur mandata.*
3 *Quando res a delegato geri cœpta dicatur.*
4 *Quid juris ſi univerſa juriſdictio mandata, & negotium unum geri cœptum.*
5 *Revocatione quoque finiri juriſdictionem delegatam, etiam ubi jam res geri cœpta, adeoque lis conteſtata.*
6 *Mandata ad certum tempus aut cauſam quando ſolvatur.*
7 *Quibus modis extinguatur juriſdictio propria.*
8 *An præſcriptione amittatur aut acquiratur juriſdictio.*
9 *An pro tuenda juriſdictione magiſtratui competat utilis actio confeſſoria aut negatoria.*

1 Pro-

1 Prorogata juriſdictio, ut obiter de ea primum dicam, finitur ſoluta juriſdictione ejus, cujus prorogata erat, ſive ea propria fuerit, ſive mandata, per *l.6. ff.hoc tit. l.3. C.eod. l.1. ff.de judic.*

2 Mandata iiſdem fere finitur modis, quibus & reliquarum rerum mandatum evaneſcit. Et morte quidem ejus, cui mandata eſt, finiri eam conſtat, cum & propria ſeu ordinaria juriſdictio una cum perſona magiſtratus extinguatur. Ceterum etiam morte ejus, qui mandavit, finiri traditum eſt in *l.6. ff.hoc tit.* nec eſt contrarium, quod ex ſententia Scævolæ apud Paulum relatum eſt in *l.venditor 49. §.1. ff. de judic.* judices a præſide datos etiam in tempus ſucceſſorum ejus durare: nam alia judicum datorum ratio eſt; quoniam cum illi velut ab ipſo officio conſtituantur, exigente id uſitato more judiciorum, notio eorum quaſi propria erat: & inde quoque eſt, quod a ſententiis eorum ipſi magiſtratus qui eos dediſſent, appellabantur, *l.ult. quis a quo app.* cum a ſententia ejus, cui mandata erat juriſdictio, alius provocaretur, quam qui mandaſſet, *d.l.1. §.1.*

3 Una hic exceptio, ſi ante mortem mandantis jam res geri cœpta ſit, *d.l.6.hoc tit.* quod plerique ſic acceperunt, ſi is, cui mandata erat juriſdictio, a partibus aditus fuerit, aut ſi jam præceſſerit in jus vocatio juxta mores hodiernos facta per apparitorem & parti inſinuata, *Zaſ. in l.6. hoc tit. n.57. & ſeqq. poſt Bart.ibid.n.13. Bald.n.5.& 6. Jaſ.col.11.per c.gratum 20.de offic.deleg. Gail.1.obſ.74.n.19.* Atque hoc etiam puto ſatis defendi poſſe ex ratione juris noſtri, *arg.l.ſi convenerit 18.ff.hoc tit.l.7.ff.de judic.* licet alii tunc demum rem geri cœptam interpretentur, cum lis eſt conteſtata, *Cyn. in d.l.5. n.18.*

4 Sed quid ſi univerſa juriſdictio mandata fuerit, & forte in una aliqua cauſa negotium geri cœptum? Ratio non permittit, ut dicamus etiam in ceteris nondum exerceri cœptis poſt mortem delegantis durare juriſdictionem delegati, ut novas cauſas audire adhuc poſſit, ſed in illa duntaxat una, quam gerere cœpit, *add. Zaſ. in d.l.5. hoc tit. n.63.*

5 Porro non ambigitur, quin revocatione quoque finiatur mandata juriſdictio, per *§.item ſi 10.inſt.de mand.& fac.arg.in l.6.§.1. ff.de offic.proconſ.* ubi tanquam ſpeciale notatur, quod proconſul non niſi conſulto Principe juriſdictionem legato mandatam revocare queat. Quinimo hoc amplius etiam poſtquam res geri cœpta eſt, adeoque poſt litem quoque conteſtatam, poſſe mandatam juriſdictionem revocari exiſtimo, idque vel ab eo ipſo, qui mandavit, vel a ſucceſſore ejus, quippe cum nullum hic aut delegati aut partium verſetur præjudicium: in quo delegatio juriſdictionis diſſimilis eſt mandato procuratorio, ut bene obſervavit *Zaſ. in l.5. n.55. hoc tit.* nec ſimpliciter ergo procedit argumentatio ex *l.6. eod.* a procuratore ad delegatum juriſdictionis.

6 Denique ſi ad certum tempus alicui mandata ſit juriſdictio, ſolo temporis lapſu extinguitur, ſicut ea, quæ ad certam cauſam delegata eſt, expirat fine negotio impoſito, *Bocer. c.6. n.62.*

7 Pro-

7 Propria juriſdictio ſeu ordinaria magiſtratus poteſtas tunc ſolvitur, cum magiſtratus officium depoſuit, vel ſucceſſorem accepit, aut ipſe mortuus eſt: morte autem Principis non finitur, *arg.l.6.ff.hoc tit.Bodin.3.de repub.2.* Et quia ordinariæ ſimilis eſt ea, quam Princeps alicui extra ordinem delegavit, nec hanc morte Principis ſolvi recte ſtatuunt interpretes, ſicut nec merum imperium, quod ſpecialiter a Principe concedi ſolebat, per ea, quæ ſupra *cap.*4. Patrimonialis autem juriſdictio etiam ad heredes tranſit; ſed talem nudi magiſtratus non habent.

8 Quæſitum eſt, an & præſcriptione amittatur juriſdictio: ſed hujus quæſtionis deciſio pendet ab alia, nempe an juriſdictio præſcriptione poſſit acquiri: prius enim eſt, ut ita acquiri queat, quam ut eo modo amitti eam dicamus. Interpretes vulgo ſtatuunt juriſdictionem non tantum dari poſſe ab iis, penes quos eſt ſumma in repub. poteſtas: verum etiam acquiri eam poſſe præſcriptione longiſſimi temporis, nimirum triginta aut quadraginta annorum. Ceterum hæc ſententia cautione indiget, & non una diſtinctione. Nam primum removendæ hinc ſunt perſonæ privatæ, quippe quæ juriſdictionem uſurpantes in graviſſimum incidunt crimen. Deinde & inter perſonas eorum diſtinguendum eſt, qui magiſtratum gerunt: Etenim qui ſimplex eſt nudus magiſtratus, nihil hic ſibi præſcriptione quærere poteſt; ſed tantum ratione officii, ſcilicet ut id latius extendatur, & huic quaſi acquiratur. Ut ecce, ſi præfectus aliquis extra fines territorii ſui aliquamdiu jus dixerit ſine cujuſquam impedimento, acquiritur ipſi præfecturæ latior juriſdictio. At enim hæc acquiſitio non magni momenti eſt, cum Princeps pro arbitrio ſuo veteres juriſdictionis terminos poſſit reſtituere. Itaque quæſtio hæc ad toparchas fere ſolum pertinet, id eſt, ad magiſtratus, qui ſimul ſunt quaſi domini territorii, qui jus perpetuum & tranſmiſſibile, ſeu juriſdictionem patrimonialem, ut nunc vulgo loquuntur, habent. Hi ſane juriſdictionem ſuam vi præſcriptionis amittere, uti & proferre atque extendere poſſunt; nec civilem tantum, verum etiam criminalem, ut Comites, Barones, Nobiles in Belgio, Germania & alibi, *Jaſ. in l.3. ff.hoc tit. col.9. & 10. Maſcorn. de juriſd. n.127. Balb.par.2.de præſcr.quæſt.12.* Atque his terminis poſitis poterit & conventionibus acquiri atque amitti juriſdictio, ut ſæpe videmus caſtra pagos integros permutari ac vendi.

9 Atque ſecundum hos eoſdem terminos, ubi ſcilicet juriſdictio patrimonialis eſt, etiam recte defenditur, quod vulgo DD. tradunt, pro tuenda juriſdictione competere magiſtratui actionem confeſſoriam & negatoriam, utilem nempe ſeu quaſi, *Jo:Fab. Plat.Jaſ. Schneid. in §.æque 2.Inſt.de act. VVeſemb. par. hic n.13.* Ceterum ratione juris noſtri ſi magiſtratus aliquis turbetur in exercenda juriſdictione ſua, pro defendenda ea actionem non habet: ſed ſi ipſe ſe tueri non poteſt, Principem adire, remque ad eum referre debet, ut recte *Bachov. ad hunc tit. c.de effect. juriſd.*

TRA-

TRACTATUS DE COLLATIONIBUS, ACADEMICO-FORENSIS.

Viro Ampliſſimo & Conſulari

D. SIMONI A BAERSDORP J.C.

S. P. D.

ARNOLDUS VINNIUS.

ANni jam quatuor ſunt, & quod excurrit, Vir Ampliſſime, ex quo libros Digeſtorum, ſeu Pandectarum juris civilis interpretari ex auctoritate publica cœpi. Horum autem librorum interpretationem cum per Dei gratiam commodum ante majores hujus anni ferias abſolviſſem, otium nactus ſummam colligere inſtitui eorum, quæ interea temporis commentando in varios juris Juſtinianici locos obſervaveram: idque eo animo, ut etiam in apertum proferrem ac publicarem, ſi quid in his a me repertum eſſet, cujus promulgatione noſtra foret opinio haud vulgariter adjutum iri commoda ſtudioſæ legum juventutis: quippe quæ modis omnibus adaugere ſumma ope, & nitor & ſemper niſus ſum. Excerpſi autem in præſentia ex bono cumulo id argumentum, quod eſt de collatione bonorum, genere quodam contributionis faciendæ inter liberos, qui ad communis parentis demortui ſucceſſionem ſimul admitti deſiderant. Etenim id argumenti genus, præterquam quod eſt cognitu longe utiliſſimum, & accuratius, quam pleraque alia, tractaſſe mihi viſus ſum, & ab aliis ex profeſſo tractatum non memini, niſi a Vitale Nemauſenſi & Johanne Saporta; ab illo prolixius & rudius, ab hoc brevius & eruditius; a neutro tamen ita, quin in ſcriptis eorum multa adhuc deſideres, quæ ad perfectam rei utiliſſimæ cognitionem ſunt neceſſaria: ut proinde non tam aliis præripuiſſe ſcribendi occaſionem, quam præbuiſſe videantur. Accedebat etiam hoc, quod cum hodie difficilis admodum iſtorum auctorum paratio ſit, nonnulli adoleſcentes honeſti & philomatheis, quibus ob id noſtra utenda conceſſeram, enixe atque inſtanter a me petierunt, ut conſilium propoſitumque meum de iiſdem evulgandis maturarem. Itaque ut teſtatam facerem ſingularem meam voluntatem adjuvandæ promovendæque ſtudioſæ juris civilis Romanorum juventutis, cum in hoc noſtro quaſi armiſtitio ea, quæ in argumentum, quod memoravi, ſuperioribus annis meditatus eram,

di-

Digitized by Google

diligenter & relegiſſem & interpolaſſem, vulgari quoque eadem atque in publicum prodire juſſi, additis, quo paulo ſpecioſiora apparerent, ſummariis, indice, & ſylvula allegationum interpretum, quà veterum, quà recentiorum. Fecit autem veteris noſtræ neceſſitudinis & tuæ in me benevolentiæ recordatio, ut hæc qualiacunque ſunt, tibi Vir Ampliſſime, dicanda & offerenda duxerim; & vel eo magis, quia, ut ipſe ex te intellexi, animus tibi eſt communia noſtra ſtudia, quibus ſerio vacare aliquamdiu integrum tibi non fuit, nunc poſita ad tempus adminiſtratione reipublicæ, bona fide recolere, & eorum quoque, quæ antea a nobis edita ſunt, lectione te oblectari. Confido, quæ tua eſt humanitas, fore, ut ne hanc qualem qualem voluntatis erga te noſtræ ſignificationem aſperneris, atque ut gratum tibi ſit, quod proficiſcitur.

Bene vale, Leidæ, Nonis Sept. 1644.

A tui obſervantiſſimo

ARNOLDO VINNIO.

TRA:

Digitized by Google

TRACTATUS
DE COLLATIONIBUS.

CAPUT I.

De ſignificatione hujus dictionis *collatio*.

SUMMARIUM.

1 *Varia vocis* collatio *ſignificata*.
2 *Operis adumbratio*.

1 COLLATIO vox eſt variæ ſignificationis. Interdum idem ſignificat, quod *comparatio* παραβολὴ: interdum idem, quod συμβολὴ, *collecta*, ἔρανος, ſive *contributio eraniſtica* aut *ſympoſiaca*. Frequenter etiam eadem voce utimur pro contributione alicujus pecuniæ ad opus publicum, vel ad communem reipublicæ aut Principis uſum, quæ Græcis εἰσφορὰ: item pro aſſignatione beneficii eccleſiaſtici vacantis, ut in jure Canonico: nonnunquam etiam aliis modis accipitur, ſicut & verbum *conferre*; cujus etiam latior uſus eſt, quam verbalis, ut videre eſt apud lexicographos. Ceterum varietas iſta ex adjuncto facile diſcerni poterit. In propoſito autem collatio eſt privatæ quoddam contributionis genus faciendæ inter liberos, qui ſimul admitti ad communis parentis ſucceſſionem deſiderant. Græce redditur συνεισφορὰ, quod a verbo συνεισφέρειν deductum eſt, quo etiam paſſim Græci in hac materia utuntur.

2 Hoc jus de bonorum collatione a prætore primum introductum eſt ex ſumma æquitate: poſtea vero mirifice auctum conſtitutionibus Imperatorum, & ſubinde parte aliqua iterum imminutum, ut quoad ejus fieri poſſet, æqualitas inter liberos conſervaretur. Igitur ut diſtincte atque ordine in explicando hoc jure procedamus, primum initia ejus ac progreſſus obiter indicabimus, deinde ſingula, quæ ad perfectam hujus argumenti cognitionem pertinent, diligentius exequemur.

CAP. II.

Collatio qua contemplatione introducta, aucta, aut reſtricta.

SUMMARIUM.

1 *Quam ob cauſam neceſſitas collationis primum introducta*, & n. 2. & 3.
4 *Filiosfam. ex edicto nihil contuliſſe*.

5 *Fi-*

5 *Filiafam. dotem conferebat ex reſcripto D.Pii, & quare.*
6 *Productio hujus juris ad donationem propter nuptias & ſucceſſionem matris.*
7 *Ad nepotes & neptes cum patruis & avunculis avo & aviæ ſuccedentes.*
8 *Ad ſucceſſionem ex teſtamento.*
9 *Ejuſdem juris reſtrictio.*

QUa parte edicti prætor propoſuit liberis emancipatis præteritis bonorum poſſeſſionem contra tabulas patris, ut bonorum poſſeſſione impetrata patri ſuccederent etiam cum fratribus ſuis heredibus, ſeu qui in poteſtate & familia patris, cum is moreretur, adhuc erant; eadem parte edicti prætor emancipatos cum ſuis heredibus ſuccedentes vocat ad collationem bonorum, id eſt, jubet bona ſua fratribus in poteſtate retentis conferre. Idem fecit prætor & in ea parte edicti, qua liberos emancipatos ab inteſtato vocat una cum fratribus ſuis heredibus ad ſucceſſionem patris data bonorum poſſeſſione *unde liberi*, *l.* 1. *ff.hoc tit. l.filium* 20. §. 1. *de bon. poſſ. cont. tab. l.ſi emancipati* 9. *C.hoc tit.*

1 Eſt autem hoc jus de collatione a prætore introductum minuendæ ejus injuriæ gratia, quæ admiſſis emancipatis ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas aut *unde liberi*, fratribus eorum, ſuis heredibus fieri videbatur Nam cum ſui heredes ſoli jure civili heredes patri exiſtant, excluſis liberis emancipatis, *§.emancipati* 9. *Inſt.de hered. quæ ab int. def.* adeoque magis quædam cœpti prius dominii continuatio, quam novæ cujuſdam & alienæ hereditatis acquiſitio in ſuis heredibus intelligatur, *§.*3. *inſt. d.t. l.in ſuis* 11. *de lib. & poſth.* ſi una cum illis admittantur emancipati, quos conſtat e familia exire, & extraneos nobis fieri, neceſſe eſt, ut hi illis hereditatem pro parte avocent; atque ita avocent, non modo bona paterna, ſed etiam bona propria ſuorum heredum, cum patris quæ ſunt, ſuorum heredum ſint, & contra.

2 Ad hæc cum liberi emancipati omnia ſibi, ſui autem, ſolo peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi excepto, omnia patri olim acquirerent, neceſſe erat & aliam hic enaſci, ſuiſque heredibus inferri injuriam, ſi emancipati bona quæſita ſibi præcipua haberent, & tamen ſimul cum fratribus in poteſtate retentis ad ſucceſſionem patris admitterentur.

3 Utique huic injuriæ occurſum eſt remedio collationis bonorum, videlicet ſi emancipati ad ſucceſſionem patris una cum fratribus ſuis heredibus venire cupientes, bona ſua, quæ ſi in poteſtate manſiſſent, patri fuiſſent quæſita, fratribus iſtis conferrent. Æquiſſimum eſt, ait Ulpianus, ut ſua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna, *l.*1. *ff. hoc tit.* Recte, qui appetunt paterna, quoniam ea paterna jam fratrum eſſe apparet, qui jure civili ſoli ſui heredes exiſtunt: tum etiam, quia illorum bonorum jam pars ſunt, quæ per filiosfam. patri ſunt quæſita.

4 Secundum formam edicti filiifam. nihil conferebant de ſuo, non peculium

culium caſtrenſe aut quaſi caſtrenſe: ſed in eo nullo commodo afficiebantur emancipati; quippe qui nec ipſi ca, quæ per occaſionem militiæ, ſive armatæ ſive togatæ, ſibi acquiſiverant, conferre tenebantur, *l. 1. §. nec caſtrenſe* 15. *ff. hoc tit.* ubi J. C. voce *peculii* abutitur: nam peculii nomen non cadit in eos, qui ſui juris ſunt, *l. paterfam.* 182. *de verb. ſign. l. ult. in fin. C. de inoff. teſtam.* Peculium igitur illic ἀναφορικῶς dictum eſt, quod peculium eſſet, ſi filius in poteſtate manſiſſet.

5 Sed nec filiafam. dotem, quam a patre acceperat, ex edicto conferebat; quamvis dos e bonis patris exire & proprium filiæfam. patrimonium eſſe intelligatur, *l. 4. ff. hoc tit. l. 1. §. ult. de dot. collat. l. 3. §. ergo etiam 5. ff. de minor. l. 14. pr. ff. ad leg. falcid.* ubi Papinianus ait, dotem in hereditate patris non inveniri, & tamen emancipata cum ceteris bonis omnibus etiam dotem conferebat. Quod cum nonnihil iniquitatis haberet, placuit poſtea ſola contemplatione æqualitatis, ut etiam filiafam. dotis collatione fungeretur; ne quod una in medium conferre cogitur, altera ſibi proprium retineret. Hoc autem a Divo Pio primum conſtitutum videtur, per *l. 1. ff. de dot. collat.* generali enim edicto prætoris ſoli emancipati ad collationem vocantur, *l. 1. pr. ff. hoc tit.* Antonius Faber in *Codice ſuo hoc tit. defin. 4.* Leoni hoc tribuit, ſed male.

6 Exemplo vero dotis a Leone producta poſtea eſt collatio etiam ad donationem propter nuptias, quæ veteribus fuit incognita, *l. quoniam* 29. *C. de inoff. teſtam. l. ut liberis* 17. *C. de collat.* Item Imperator longius progreſſus etiam in ſucceſſione matris, cui liberi nihil acquirunt, locum habere collationem voluit; nimirum ex ſola conſideratione æqualitatis, *d. l. ut liberis, C. hoc tit.*

7 Sed & generaliter conſtitutum eſt, ut quoties deſcendentes alicui ex adſcendentibus ſuccedunt, huic juri eſſet locus; utque non tantum filius aut filia defuncti ſibi invicem, ſed etiam nepotibus & neptibus ſecum avo ſuccedentibus conferrent, & hi viciſſim illis, ſcilicet patruis & avunculis ſuis, haud ſecus ac juris fuiſſet, ſi parentes eorum, quos repræſentant, adhuc eſſent ſuperſtites, *l. illam* 19. *C. hoc tit.*

8 Tandem Juſtinianus ad æqualitatem modis omnibus inter liberos ſervandam, & quo major eſſet occaſio amoris & concordiæ, etiam ad ſucceſſionem ex teſtamento jura collationum produxit, omnique caſu, quo collationem ab inteſtato fieri jam antea neceſſe erat, eam etiam inter ſuccedentes ex teſtamento fieri voluit, niſi expreſſe remiſſa ſit aut vetita. *Nov.* 18 *c. 6.* unde *auth. ex teſtamento, C. hoc tit.*

9 Rurſus ex contrario jus collationis ſubinde coarctatum fuit. Nam ex quo tempore Conſtantinus, & inſequentes Imperatores bona materna & materni generis patri acquiri noluerunt, procul dubio liberi emancipati ad collationem ejuſdem generis bonorum deſierunt teneri, ceſſante ſcilicet ratione collationis inductiva: nam etſi in poteſtate manſiſſent, tamen bonorum iſtorum proprietatem non patri, ſed ſibi quæſiviſſent; ut proinde

concurrentes cum liberis in poteſtate conſtitutis, quoad iſta bona nullo eos incommodo afficiant.

Ob eandem, quam dixi, rationem, & quidem ſolam, Juſtinianus in univerſum adventitia eximit collationi, eamque reſtrinxit ad ſola profectitia, *l.ult. C. hoc tit.* quo nomine id omne ad effectum conferendi appellatur, quod provenit ex bonis ejus, de cujus hereditate agitur.

Hoc aditu patefacto, tutius jam & ſine offenſa progrediemur. Et age igitur, ſingula porro, quæ in hoc argumento cognitu neceſſaria occurrunt, penſiculate conſideremus.

C A P. III.

Quid ſit collatio.

S V M M A R I V M.

1 *Quæſtiones principales in hac materia tractandæ.*
2 *Vulgatam collationis definitionem minus accuratam eſſe oſtenditur.*
3 *Nova ab auctore allata & expoſita.*

1 AD cognitionem juris de collatione conſtituti, quam hic quærimus, ſex ferme ſunt accommodatæ quæſtiones, quas etiam ordine, ſed paulo pluribus capitibus explicabimus. Prima eſt, in qua quæritur, quid ſit collatio. Secunda, inter quos locum habeat. Tertia, quando ſeu qua in ſucceſſione. Quarta, quæ bona in collationem veniant ſive quid quiſque conferat. Quinta, quomodo collatio fiat, & omiſſæ quæ pœna. Sexta & poſtrema, collationis quis ſit finis, quis effectus. Quod ſi in his explicandis eadem ſubinde inculcabimus, cogitet lector in crebra juris mutatione id eſſe neceſſarium.

2 Collatio vulgo definitur rei propriæ in communem hereditatem illatio, ut æqualitas ſervetur, & ea ſervata bona hereditaria inter deſcendentes ſeu liberos, qui parenti ſuccedunt, dividantur, *vide Nemauſ. tract. de collat. pr.n.2. Sapiam in l.ſi emancipati 9. C. hoc tit. Fernand.Vaſq.de ſucceſſ. reſol. lib.2. §.19. n.1. & 7. ſeqq. Saport. tract. de collat. n.11.* Sed hæc definitio examen legum de materia artium ferre non poteſt, & omnino vitioſa eſt, ſive ad veteris ſive ad novi juris normam exigatur. Nam etſi verum eſt, jure veteri non niſi propria bona in collationem veniſſe; quippe quo jure ſoli liberi emancipati conferebant: tamen non eſt verum de toto, de omni & ſemper, quod lex veritatis, quæ κατ' παντὸς dicitur, requirit. Nam utique non conferebant emancipati ea, quæ reipublicæ militantes in caſtris aut toga ſibi acquiſierant, quæ maxime cujuſque propria ſunt, *l.1. §.nec caſtrenſe 15. ff. hoc tit.* In eandem legem vel magis peccat iſta definitio, ſi ad rationem novi juris examinetur. Cum enim hodie non modo emancipati

cipati ſuis, ſed etiam ſui emancipatis, & ſibi quoque invicem conferant, & conferantur nunc non alia bona, quam profectitia, ſive ea a matre, de cujus ſucceſſione agitur, profecta ſint, ſive a patre, & a patre profecta ne novo quidem jure filiisfam. acquirantur, ſed parentum, quorum in poteſtate ſunt, propria maneant, §.1. *Inſt. per quas perſ. cuique acq.* Hic jam vides, quam longe vulgata illa definitio recedat ab iſta lege, quam dixi univerſalem & perpetuam veritatem in documentis artium requirere. Plane ſi proprietatem verbi ſpectamus, ea ſola proprie conferri dicuntur, quæ noſtra ſunt, aut utique quodammodo noſtra, ut dos & donatio propter nuptias a patre profecta. Ceterum & ea quoque dicuntur conferri, licet minus proprie, quæ, verbi cauſa, in peculium a patre accepimus, nimirum ratione poſſeſſionis, aut potius detentionis duntaxat: quippe cum ea in bonis patris permaneant, atque in hereditate ejus reperta dividantur, *l. filiæ* 12. *C. hoc tit.*

Collatio inquam κυρίως rerum eſt propriarum, non hereditariarum: ſed tamen in his etiam poſterior ætas verbo collationis uſa eſt, ut ſignificaret earum, omiſſa quali quali poſſeſſione, in commune reſtitutionem, collationem ſc. opponens ei, quod alias præcipuum retinetur, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Sic in *l. certum* 13. *C. fam. erciſc.* dicitur liberorum peculia poſt mortem patris ad communionem eſſe revocanda, id eſt, conferenda: Greci συνεισφέρεται, *conferuntur*; reſpectu videlicet uſus & juris adminiſtrandi, quod habuerunt vivente patre, ut bene *Joan. Saporta tract. de collat. n.* 77. & 2. *ſeqq.*

3 Sic igitur potius collatio definiatur. Collatio eſt contributio earum rerum, quas de bonis ſuis parens, de cujus hereditate agitur, liberis ſuis, ut liberis in vita ſua conceſſit, ob ve cauſam donavit, aut alias ea lege, ut conferentur. Ajo *de bonis ſuis*, ut excludam adventitia, id eſt, quæ non ex bonis parentis, de cujus hereditate quæritur, ſed aliunde liberis obveniunt; hæc enim novo jure collationi non ſunt obnoxia, *l. ult. C. hoc tit.* & maxime caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, quæ ſemper a lege collationis immunia fuerunt, *l.* 1. *§. nec caſtrenſe* 15. *ff. eod. l.* 12. *C. eod.* Cum dico *in vita ſua*, excludo legata & fideicommiſſa, item mortis cauſa donationes, quæ demum poſt mortem patris acquiruntur, & ideo in collationem non veniunt, *l.* 10. *l.* 15. & *l. ſeq. C. eod.* His verbis, *liberis ut liberis*, removemus hinc ea, quæ liberi, non ut liberi, ſed ut extranei quilibet, capiunt; veluti ſi pater filium propter benemerita remuneratus ſit: hoc enim caſu videtur filius meruiſſe donationem, non ut filius, ſed ut extraneus quilibet, quem nemo dixerit collatione fungi oportere, facit *l. a patre* 10. *C. hoc tit.* ibi *extero jure capiens*. Sed de hoc pluſcula inferius.

Per verba *ob cauſam donavit*, intelligo dotem & donationem propter nuptias, aliaque, quæ liberi a parentibus accipiunt, ut ſe exhibere, negotiationem aut artem aliquam, &c. exercere poſſint. Itaque excludimus hic donationem ſimplicem, extra quam ſi facta ſit in compenſationem dotis aut donationis propter nuptias; tunc enim naturam induit donationis

ob

ob cauſam, *l.pen.* §.1. *C.hoc tit.* Illis verbis, *aut alias ea lege*, &c. innuo etiam ſimplicem donationem conferri, ſed ita demum, ſi ea lex donationi expreſſe dicta fuerit, *d.l.pen.* §.1.

C A P. IV.

Inter quos locum habeat collatio.

S V M M A R I V M.

1 *Ex edictio ſolos liberos emancipatos ad collationem vocari.*
2 *Ei ſoli emancipatum conferre, cui & aliquid aufert.*
3 *Ex ſententia edicti quo caſu emancipatus ad collationem vocetur.*
4 *Sententia* l.6. ff.de dot.collat.
5 *Emancipatos ex edicto ſibi invicem non conferre.*
6 *Explicatio* l.1. §.ſi ſit filius, ff.hoc tit.
7 *Hotomannus & Bachovius notati.*
8 *Sui nec inter ſe, nec emancipatis ex edicto conferunt.*
9 *Nec emancipati ex teſtamento hereditatem obtinentes ſuis heredibus.*
10 *Collationi locum fuiſſe etiamſi liberi ex capite unde liberi excluſi, ex ſequentibus admitterentur.*
11 *Confutatio ſententiæ contrariæ.*
12 *An liberi, qui ſunt in adoptiva familia, conferant fratribus naturalibus.*
13 *Explicatur* l.1. §.is quoque, ff.hoc tit.

1 SUccedit nunc ſecunda quæſtio, inter quos collatio locum habeat. Edicto perpetuo, atque ita jure veteri ad collationem bonorum vocantur ſoli liberi emancipati, idque tunc demum, cum aut bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, aut nullo teſtamento facto ſimpliciter ex capite *unde liberi* ab inteſtato ſuccedunt una cum fratribus ſuis, qui in poteſtate patria manſerunt, *l.1. pr. & §.5. ff.hoc tit. l.ſi emancipati 9. C.eod. l.filium quem 20. §.1. ff.de bon. poſſ. cont. tab.*

2 Ei autem ſoli emancipatus confert, cui & aufert aliquid ex cauſa hereditaria: ut ecce, filius emancipatus nepoti ex ſe ſuſcepto & retento in poteſtate confert, non fratri: ſi non ſit nepos, confert fratri, *l.1. §.13. ff.de conjung.cum emanc.lib.* vel ſi ſit filius, & ex alio filio jam mortuo nepos unus, & ex alio nepote ex eodem filio nato & mortuo duo pronepotes, unus in poteſtate, alter emancipatus, pronepos emancipatus fratri ſoli confert, non patruo: ſi non ſit frater, ſoli patruo, non patruo magno: ſi non ſit patruus, patruo majori, id eſt, filio, quæ ſpecies eſt *d.l.1. §.ult.*

3 Et quidem ſecundum verba edicti non aliter emancipati præteriti ad collationem urgeri videntur; quam ſi filii in poteſtate retenti heredes inſtituti,

tuti, & ipſi contra tabulas bonorum poſſeſſionem petant, non ſi ea omiſſa ex teſtamento hereditatem amplectantur: ſed ex ſententia edicti etiam hoc caſu conferendum iis eſſe Scævola reſpondit: quoniam pro parte ſua bonorum poſſeſſionem petere potuiſſent; & utique injuriam per bonorum poſſeſſionem emancipatis datam patiuntur, *l.ſi filius* 10. *ff.hoc tit.*

4 Non obſtat huic reſponſo Scævolæ *l.6. ff.de dot. coll.* nam longe diverſa ſpecies in *d.l.6.* a Pomponio proponitur, nimirum ubi filius emancipatus heres inſtitutus eſt, & filia in poteſtate exiſtens, exheredata, quæ inofficioſi lite perlata partem dimidiam hereditatis abſtulit; quo caſu ideo collationi locus non eſt, quia ſoror injuria a prætore non afficitur, eo quod frater emancipatus ex judicio patris venit. At apud Scævolam in *d.l.*10. *hoc tit.* refertur caſus,quo filius ὑπεξούσιος heres eſt inſtitutus præterito emancipato; atque hoc caſu ex æquitate inducitur collatio. An circa hos caſus mutatio aliqua facta ſit jure *τῶν νεαρῶν*, dicemus poſtea.

5 Hinc jam elicimus hæc conſectaria. Primum eſt, quod emancipati ſibi invicem ex edicto nihil conferant, deficiente videlicet cauſa, propter quam collatio a prætore introducta eſt: nam cum pari jure omnes ad bonorum poſſeſſionem admittantur, nullo incommodo alter alterum afficit, *l.*1. *§.totiens* 5. *l.*2. *§.ſi tres* 5. *ff.hoc tit. l.9. C.eod.* aliis autem non confertur, quam quibus pars hereditatis detrahitur; nec alii conferunt, quam qui detrahunt, *l.*1. *§.emancipatus* 13. *de conjung. cum emanc. lib.*

6 Sed objicitur huic ſententiæ *l.*1. *§.ſi ſit filius* 15. *d.tit.* Tractatur illic hæc ab Ulpiano quæſtio: Tres erant fratres; unus emancipatus, duo in poteſtate retenti, quorum alter duobus relictis filiis, uno in poteſtate avi, altero emancipato, vita exceſſit. Avo mortuo filius emancipatus beneficio prætoris utitur, ut ſibi ex hereditate patris partem ferre liceat: quæritur quemadmodum bona ſua, quæ ex eodem edicto fratribus conferre debet, partiri eum oporteat. Reſpondet Ulpianus ex ſententia Scævolæ, tres eum partes facere oportere,& ſuperſtiti filio trientem dare,ſibi alterum retinere,nepotibus tertium conferre: quoniam nepotes in filiorum gradum ſuccedentes,etiam in hac collationis cauſa eodem jure uti debent,*l.*1.*§.ſi pater* 4.*d.tit.l.*2.*§.ſi duo* 7.*ff.hoc tit.*Dicet hic aliquis, ſi emancipatus emancipato non confert, ſoli nepoti in poteſtare retento conferri totum illum trientem oportere.Hæc objectio etſi Cujacio *lib.*3.*obſ.*29.graviſſima viſa eſt, mihi tamen non videtur adeo magni momenti; quia collatio illa non fiet ſimul & conjunctim ambobus nepotibus, ſed ei uni duntaxat, qui in poteſtate avi manſerat: emancipatus autem frater edicti beneficio dimidiam ei partem auferet; atque ita non directo, ſed per interpoſitam fratris perſonam ſextantem ex patrui emancipati bonis conſequetur: quoniam frater in poteſtate retentus fratrem emancipatum admittere cogitur, *l.*1. *§.emancipatus* 13. *ff.de conjung. cum emanc. lib.* & ſimile quid accidit in ſpecie *l.*5. *pr.ff.hoc tit. Saport. d.tract.n.*50.*& ſeqq. Suerin.*1.*repet.lect.cap.*46. *Hotom.*9.*obſ.*8. *Bachov. ad Treutl.diſp.de collat.theſ.*3.

7 Ce-

7 Ceterum Hotomannus & Bachovius addunt aliquid, quod aut falſum eſt, aut non intelligo, quid ſibi velint, nimirum per perſonam alterius nepotis, cui ajunt, liberos non habenti, cum frater idemque nepos emancipatus concurrens inferat injuriam, & ideo bona ſua conferre teneatur, fieri, ut emancipatus patruus per conſequentiam, propter nepotem in poteſtate, cui ipſe patruus injuriam facit, nepoti quoque emancipato conferat. An igitur cum nepote in poteſtate retento, ſive ille liberos habeat, nepos idemque frater emancipatus non concurret, aut ſi concurrit, non infert injuriam aut neceſſitate conferendi non tenetur? ne ipſos quidem hoc dicturos arbitror. Et credibile eſt, *arg. d.l.1. §. emancipatus 13. de conjung. cum emanc. lib.* quem locum allegant, hoc eos ſenſiſſe, ipſum nepotem emancipatum, ſi liberos non habeat in poteſtate proavi retentos, fratri ſuo in poteſtatem conferre debere, cui alias non conferret, de quo in *pr. hujus capitis* dictum eſt.

8 Secundum confectarium eſt; ſuos neque invicem ſibi, neque emancipatis ex edicto conferre; quippe ceſſat & hic ratio collationis: quoniam ſi patri ſuo ab inteſtato ſuccedentes aut inter ſe aut cum emancipatis, nec ſibi invicem aliquid auferendo injuriam faciunt, cum æquali jure omnes heredes ſint ex antiqua lege 12. tabularum, nec emancipatis, a quibus potius ipſi injuriam patiuntur, *l. 1. pr. & §. totiens 5. ff. hoc tit.* Sed nec extra bona caſtrenſia, & quaſi caſtrenſia, quæ libera ſunt ab onere collationis, *d. l. 1. §. nec caſtrenſe 15.* filiifam. quicquam de ſuo conferre poterant, cum cetera omnia parentibus ſuis, quorum in poteſtate erant, acquirent, *Saport. n. 58.* Quod autem filiafam. dotem tam ſuis, quam emancipatis confert, id non ex edicto eſt, ſed ex reſcripto D. Pii, *l. 1. de dot. collat.* de quo iterum inferius.

9 Tertium eſt; ſi emancipati ſcripti ſint heredes una cum fratribus ſuis, & ex teſtamento hereditatem obtineant, eos bona ſua fratribus non conferre, *l. 6. de dot. collat. l. Pomponius Philadelphus 35. ff. fam. erc. l. 1. l. 7 C. hoc tit.* ceſſante videlicet etiam hic ratione edicti, quia nulla hoc caſu fit injuria, neque quicquam fratribus avocatur, cum emancipatus a patre heres una ſcriptus eſt, & directo ex judicio patris ſuccedit. Excipiendum eſt, niſi teſtator expreſſim aliud caverit, *d. l. 1. & d. l. 7.* Ad hunc autem locum non pertinet *l. ſi non mortis 25. ff. de inoff. teſtam.* quia nos loquimur de emancipato herede ſcripto: illic vero agitur de filio immerito exheredato, cui competit querela inofficioſi teſtamenti.

10 Illud quæſitum eſt, an collationi locus ſit, etiamſi liberi tempore vel repudiatione excluſi ex primo capite *unde liberi*, ex ſecundo aut tertio capite, *unde legitimi* aut *unde cognati* admittuntur: & magis eſt, ut etiam hic collationi ſit locus, ut ecce, duo ſunt filii, alter in poteſtate, alter emancipatus: uterque patre inteſtato mortuo neglexit petere bonorum poſſeſſionem ex prima parte, unde liberis defertur, & tempore excluſus eſt. Hic quidem ita jus eſt, ut nihilominus ex alia parte petere bonorum poſſeſſionem poſſint, filius in poteſtate vel ex capite *unde legitimi*, vel ex illo *unde cognati*; emancipatus ex ea parte *unde cognati* tantum: quippe ab-

ſurdum

ſurdum prætori viſum non eſt, eos qui diverſas habent qualitates, ex diverſis quoque capitibus ſucceſſive admitti, & ipſos ſibi ex hac parte ſucceſſoria, ſuccedere, ita ut in ſpecie propoſita primo capite excluſi ſimul ſuccedant ex alia atque alia parte edicti, & ſuus *unde legitimi*, emancipatus *unde cognati*, petere poſſint, *l.* 1. *§ ſed videndum* 11. *de ſucceſſ. edict. l.6. §.2. de carbon. edict. l.4. §.1. ff.quis ord. in bon. poſſ. ſerv.* Sed quæritur an hoc quoque caſu emancipatus fratri ſuo conferre debeat. Et puto, ut dixi, conferre debere: ex ſententia nimirum edicti, cui toties locus eſt, quoties aliquo incommodo is, qui in poteſtate eſt, afficitur interventu emancipati, *l.* 1. *§.toties* 5. *& arg.l.ſi filius* 10. *ff.hoc tit.* & alias eludi poſſet conferendi neceſſitas. Confirmat hanc ſententiam quod prætor liberos etiam ex inferioribus ordinibus venientes, non tantum ut agnatos aut cognatos, ſed etiam ut liberos conſiderat, *l.6. §.2. ff.de carbon. edict.* eſtque hujus rei argumentum, quod annuum nihilominus ſpatium habent, non ut ceteri, centum dies, *l.4. §.1. ff.quis ord. in bon. poſſ.ſerv.* Et cum igitur liberi etiam ex ſecundo & tertio capite veniant tanquam liberi & jure liberorum ſuccedant, ratio nulla dari poteſt, cur alter alteri, cui injuria fit, conferre non debeat.

11 Hoc fundamento poſito, non difficile erit reſpondere rationibus *Baldi, Cagnoli, Alexandri, Riminaldi in l.ſi emancipati* 9.*C.hoc tit.*& aliorum, *ut Nemauſenſis tract.de collat. c.*2. *n.*19. *Petri Tholoſani lib.*46.*ſyntagm. c.*8. *n.*24. quibus illi moventur in contrarium: veluti cum ita argumentantur. Collationi locus non eſt inter agnatos & cognatos: at liberi ex inferiore ordine venientes vicem agnatorum & cognatorum ſubeunt, &c. Hanc aſſumtionem falſam eſſe ſatis apparet ex iis, quæ modo dicta ſunt. Nulla lege cautum eſt, inquiunt, ut inter eos, qui ex ſecundo aut tertio capite veniunt, conferendi neceſſitas eſſet. Inepta ratio, quoniam ſatis cautum eſt, ut ſit collatio inter liberos: quos jam oſtendimus, etiam tunc cum ex inferiore parte veniunt, tanquam liberos & jure liberorum ſuccedere. Perſpicue autem lapſus eſt Alexander in eo, quod putavit collationem eſſe rem odioſam; tantum enim abeſt, ut odioſa haberi debeat collatio, ut contra etiam favorem mereri videatur, tanquam conciliatrix concordiæ & æqualitatis. Jure recentiori res eſt plane liquida, *l.ut liberis* 17. illic, *quocunque jure inteſtatæ ſucceſſionis*, *C.hoc tit.* quod etiam Saporta *tract.de collat.n.*72.bene obſervavit: & noſtram hanc ſententiam, quæ etiam communis eſt, contra *Bald.*& alios jam olim recte tutati ſunt *Fulgoſ.& Roman. in d.l.ſi emancipati* 9. *C.hoc tit. add. Gilken. in d.l.*9. *n.*45. *& ſeqq.* Jure noviſſimo hæc diſputatio pene ſupervacua videtur, poſtquam *Nov.*181. *cap.*1. tres ordines facti ſuccedentium jure civili.

12 Quæritur, an liberi, qui ſunt in adoptiva familia, conferant fratribus ſuis naturalibus. Quæſtio hæc videri poteſt inepta: nam liberi adoptati, quamdiu ſunt in familia adoptiva, patri naturali ſunt extranei, non tantum jure civili, ſed etiam honorario; & ideo præteriti, ſi adhuc

in adoptiva familia ſunt, quo tempore naturalis parens moritur, nec ad bonorum poſſeſſionem *contra tabulas*, nec ad illam *unde liberi* a prætore vocantur, *§.at hi* 10. *cum ſeqq. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. §.adoptivi* 4. *Inſt.de exher. lib.* Et quomodo ergo his quæſtio moveri poterit de collatione, qui nihil auferunt? Et tamen apud Ulpianum *l.1.§.is quoque, ff.hoc tit.* legimus, eum, qui in adoptiva familia eſt, conferre debere, non quidem ipſum, ſed qui eum habet in poteſtate, ſi maluerit bonorum poſſeſſionem accipere, *add.l.12. de dot. collat.* quod a ratione juris plane alienum eſſe videtur. Et profecto ita eſt: ſed locum iſtum Ulpiani reſtringi oportet ad caſum, quo filius adoptivus a patre naturali heres inſtitutus eſt, præterito alio filio ſive ſuo ſive emancipato. Nam ita edictum prætoris conceptum fuit, ut beneficio præteriti etiam inſtitutus recte peteret bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l.3.§.ſi quis* 11.*l.ſi poſt* 10.*§.ult. ff.de bon. poſſ. contr. tab.* quo caſu res ad cauſam inteſtati redibat, & in terminis de datis in adoptionem idem Ulpianus in *l.8.§.in adoptionem* 11.*d.tit.*ſcribit eos a prætore non ſubmoveri, modo heredes inſtituti ſint, eoſque accipere bonorum poſſeſſionem contra tabulas; ſed ſolos non committere edictum.

13 Atque hæc explicatio & reſtrictio confirmatur etiam ex ipſa *l.1.§.is quoque* 14. *ff.hoc tit.* ait enim juriſconſultus, ſi pater adoptivus ante petitam bonorum poſſeſſionem filium ſine fraude emancipaverit, cum ad collationem non cogi: atqui conſtat filium adoptivum poſt patris naturalis mortem emancipatum bonorum poſſeſſionem unde liberi aut contra tabulas petere non poſſe. Hæc cum non intelligeret Saporta, inſigniter erravit, *d.tract. n.60. & ſeqq.* ubi ita diſputat, ac ſi in *d.l.1.§.14.* ageretur de collatione a filio adoptivo facienda naturalibus liberis defuncti, a quo & ipſe adoptatus fuerat. Plane hodie poſtquam etiam inter inſtitutos collationi locus eſſe cœpit, in caſu propoſito non amplius deſideratur, ut inſtitutus beneficio præteriti bonorum poſſeſſionem contra tabulas petat. Apud nos, qui liberos adoptivos non habemus, hæc quæſtio inutilis, ut & in reliquo Belgio, *Grot.1. manuduct.6. Chriſtin. vol.1. deciſ.*185.

CAP. V.

An alii præter deſcendentes collatione fungantur.

SUMMARIUM.

1 *De veteri jure fruſtra quæri, an inter adſcendentes collatio locum habeat.*

2 *Novo jure quæſtionem illam colorem habere poſſe: ſed nec hoc jure collationem iſto caſu admittendam.*

3 Mul-

3 *Multo minus collationi locum eſſe inter laterales.*
4 *Collationem interdum officio judicis induci deficiente remedio juris.*

1 AN adſcendentes liberis ſuis ſuccedentes collatione fungantur, de veteri jure fruſtra quæritur: quippe quo jure nunquam duo adſcendentes ſimul ſuccedebant. Nam filius quidem in poteſtate heredem ab inteſtato habere non poterat, ſed eo mortuo pater bona ejus jure peculii occupabat, etiam ipſa caſtrenſia, *l.2. ff.de caſtr. pecul.§.1. Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* Emancipato autem liberos non habenti etſi ab inteſtato pater & mater ſuccedebant, non tamen ſuccedebant ſimul: ſed pater excludebat matrem, ſive ut manumiſſor heres exiſteret, ſive non manumiſſori competeret bonorum poſſeſſio, *l.2. §.objicitur 15.ff.ad ſenat. Tertull.l.10. ff.de ſuis & legit.* qua in re iterum graviter errat Saporta putans patrem & matrem æqualiter ex Tertulliano admitti, *n.64.* Mater vero excludebat avum & proavum, quos placebat in Tertulliano matri non nocere, *d.l.2. §.objicitur.* Poſtquam autem liberis in poteſtate conſtitutis conceſſa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, datus quidem etiam his fuit heres ab inteſtato, ſed fratres & ſorores parentibus prælati, *l.4. C.de bon.quæ lib.in pot.l.ult.C.comm.de ſucceſſ.* quod haud dubie etiam in ſucceſſione liberorum emancipatorum ſimul obtinere cœpit, ut tamen hic pater manumiſſor præferretur matri, jure veteri patri ſervato, *l.2. C.ad ſen. Tertull.* Jam vero cum fratres, qui parentibus in ſucceſſione potiores erant, nihil invicem conferrent, credibile non eſt ad parentes onus collationis pertinuiſſe; & ideo minus credibile, quia ante conſtitutionem Leonis nec liberi matri aut aviæ ſuccedentes quicquam inter ſe conferebant: & omnino hic ceſſabat ratio, ob quam primum collatio introducta fuit, videlicet injuria, qua alter afficiebatur detracta parte hereditatis.

2 Sed poſtquam hæc ratio mutata eſt, & functionem collationis ex ſola æqualitate æſtimari placuit, maxime jure noviſſimo, quo ſtatim poſt liberos defuncti parentes ad ſucceſſionem vocantur, & ita ut plures adſcendentes ſimul ſuccedere queant, *Nov.118.c.2.* abſurdum quibuſdam viſum non eſt, ſi dicamus nunc etiam parentes liberis ſuis ſuccedentes, bona quæ ab his acceperunt, in medium conferre oportere; quod & defendit *Aretinus in l.ut liberis 17.C.hoc tit.* & defendi poſſe exiſtimat *Jaſon in l.9.C.eod.* Sed cum nulla lege aut conſtitutione de collatione a parentibus facienda cautum ſit, & tantum de æqualitate inter liberos ſervanda etiam noviſſima Juſtiniani ſanctione *Nov.18.c.6.* mentio fiat, ſatius eſt, ut nos intra ſepta contineamus; præſertim cum multa alia de liberis conſtituta ſint, quæ ad parentes produci non debent, quorum magnam partem collegit *Jaſon in l.ult. C. unde lib. add. Nemauſ. c.2. n.19. & quæſt.20. Saport. n.64. Sichard. ad rubr. C.hoc tit. n.10.* poſt *Cynum, Bald. Caſtr.Rimin. in l.9. C. eod. late Gilken in d.l.9. num.39.*

3 Multo minus collationi locus erit inter cognatos lineæ tranſverſæ;

 quia

quia quod quis a fratre, aut patruo vel avunculo, aut alias cognatus quis a cognato inter vivos habuit, non poteſt videri datum animo minuendæ portionis hereditariæ poſtea obtingentis. Inepte autem pro hac ſententia argumentum adducitur ex *l.3. §.1. ff.de leg.praſt. contr. tab.* ubi negat juriſconſultus ex edicto illo legata conſervari fratri & ſorori: Nam ſi ex eo recte collegeris fratres & ſorores collationi non eſſe obnoxios, neceſſario ſequeretur onus collationis incumbere parentibus, quoniam his legata conſerventur, *d.l.3. §.1. l.1. eod.* Sed nimirum æqualitas & communio, quam collatio introducit, iis tantum apta & conveniens eſt, qui ſuccedunt in bona demortui jure liberorum, quique ſimul veniunt jure quodam fraternitatis; quod ipſum per ſe nomen nihil aliud eſt, quam æqualitas & communio, & ita *DD. comm.ad l.9. C.hoc tit. Nemauſ.c.2. n.1.Boer.deciſ.*302. *Vaſq. lib.2. de ſucceſſ.reſol.§.19. n.27. Chriſtin.vol.4. deciſ.2. n.8.* Ex conſuetudine Burgundiæ inter laterales quoque dandum eſſe locum collationi cenſet *Chaſſan.tit.de ſucceſſ. rubr.7. §.5. n.59. & ſeqq.*

4 Plane ſi æquitas rei poteſtatem collationis inducere debeat, deficiente juris remedio ſuccedit officium arbitri familiæ erciſcundæ, ne quis coheredum id præcipuum habeat, quod citra ceterorum injuriam retinere non poſſit. Nam officium arbitri adminiculum eſt & auxilium ſubſidiarium, cui plerumque locus eſt ex æquitate,cum ratio juris deficit,ut in ſpecie *l.2. C.de inoff.donat.* item in *l.filii* 16. *l.filiæ* 18. *& paſſim C.fam.erciſc. Ant. Fab. C.ſuo hoc tit. defin.1. & C.de pact. defin.2.* ubi illuſtre exemplum.

CAP. VI.

De diverſo jure ſuccedentibus.

SUMMARIUM.

1 *An locus collationi, ubi unus e filiis inſtitutus, alter exheredatus eſt, ſive uterque in poteſtate ſit, ſive neuter, & exheredatus per querelam teſtamentum evertat.*

2 *Quid ſi emancipatus heres inſtitutus, frater exheredatus.*

3 *Quid ſi emancipatus heres inſtitutus, frater præteritus.*

4 *Quid ſi filius in poteſtate heres inſtitutus, emancipatus præteritus.*

5 *Species* l.1. pr. ff.de dot. coll. *& an ea procedat, cum filia heres ſcripta ſe miſcuit, præterito forte filio emancipato.*

6 *Jure novo de his fruſtra diſputari.*

Duo ſunt filii, quorum unus a patre inſtitutus eſt heres, alter exheredatus, qui inofficioſi lite perlata partem dimidiam hereditatis abſtulit: poteſt enim teſtamentum ex poſt facto pro parte per querelam reſcindi, & ita ex accidenti fieri, ut quis vi ipſa pro parte tantum teſtatus deceſſiſſe vi-

videatur, *l.15. in fin. l.circa 24. & l.ſeq. in fin. ff.de inoff. teſt.* Itaque in caſu propoſito alter ex teſtamento, alter ab inteſtato ſuccedit.

1 Quæritur, an locus ſit collationi? Et jure quidem veteri nulla in hac ſpecie erat collatio, ſive uterque filius in poteſtate fuiſſet, ſive neuter: nam nec ſui inter ſe, nec inter ſe emancipati eo jure quicquam conferebant, excepta filiafam. quæ ex reſcripto D. Pii dotem conferre fratribus cogebatur, de quo dictum ſupra eſt.

2 Sed etſi ponamus alterum fuiſſe emancipatum, alterum in poteſtate, & emancipatum a patre heredem ſcriptum, fratrem exheredatum, quamvis hic frater exheredatus actione de inofficioſo mota teſtamentum patris pro parte poſtea everterit, & ita in partem dimidiam bonorum patris tanquam ab inteſtato ſuccedat, ceſſabit nihilominus collatio: quoniam ſuus non conferebat emancipato, nec hic item emancipatus ſuo, propterea quod ex judicio patris venit, *l.pater filium 6. ff.de dot.collat.*

3 Sed finge filium in poteſtate heredem inſtitutum, emancipatum præteritum, hic ſi emancipatus petita bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamentum patris pro parte evertat, etiamſi frater omiſſa bonorum poſſeſſione, quam beneficio præteriti accipere poterat, ex teſtamento hereditatem amplexus ſit, jure quoque veteri emancipatus fratri ſuo heredi conferebat, non quidem ex verbis edicti, aut ſummo jure; ſed ex æquitate & edicti ſententia: cum utique etiam hic per bonorum poſſeſſionem ab emancipato agnitam ſuus injuriam patiatur, *l.ſi filius 10. ff. hoc tit.* multa in contrarium diſputat *Ant. Fab. dec.*40. *& ſeq.* contendens *d.l.*10. corruptam eſſe a Triboniano, additumque totum illum verſum, *Sed magis ſentio* &c. verum fruſtra & incaſſum; longeque alius caſus proponitur *l.6.de dot.collat.* quam in *d.l.*10. *ff. hoc tit.* illic proponitur filius emancipatus heres inſtitutus, filia in poteſtate exheredata; hic filius in poteſtate heres inſtitutus, emancipatus præteritus.

4 Similiter reſcripto Imperatoris D. Pii collatio producta eſt in ſpecie *l.1. pr. de collat.* ubi filiafam. quæ neglecta bonorum poſſeſſione hereditati paternæ ſe miſcet, dotem conferre tenetur, cum ex edicto collatio tantum fiat inter ſuccedentes jure prætorio, bonorum poſſeſſione contra tabulas aut *unde liberi* petita. Quidam putaverunt hoc etiam procedere eo caſu, quo filia teſtamento patris heres ſcripta ſe miſcuit, puta præterito filio emancipato, qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepit, & ſua bona conferre tenetur: neque hic ullam eſſe abſurditatem, *arg.d.l.*10. *hoc tit.* Ego tamen dubito, quoniam hic filia ex judicio patris directo venit, quo caſu ceſſat collatio, *l.6. l.7. ff.de collat.dot. l.1. C.hoc tit.* & ſi filia cum fratribus heres inſtituta non confert, *l.7. C.eod.* multo minus ad collationem urgeri poſſe videtur, ſi ſola heres ſcripta ſit.

5 Finge iterum filium, qui in poteſtate eſt, heredem ſcriptum, emancipatum exheredatum, hic etſi emancipatus ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas non admittatur, *l.8. pr. ff.de bon. poſſ. cont. tab.* ac proinde nec fra-

ter

ter heres ſcriptus beneficio exheredati, tamen ſi emancipatus de inofficioſo quæſtus patris teſtamentum reſciderit, adhuc dicendum videtur ex humanitate & ſententia edicti conferre eum debere fratri heredi ſcripto, qui non minus per querelam inofficioſi, quam petita bonorum poſſeſſione contra tabulas injuria afficitur ademta parte hereditatis, & hoc fortius, quam in ſpecie *d.l.10. hoc tit.* An vero dicemus idcirco emancipatum hic non conferre, quia contra tabulas petere non potuit, & ideo hic ceſſare partes prætoris? *arg. l.7. ff. de dot. collat.*

6 Sed de his fruſtra diſputamus poſt conſtitutionem Leonis in *l. ut liberis 17. C. hoc tit.* & jure noviſſimo cum etiam inter eos collatio locum habeat, qui ex teſtamento & judicio patris veniunt, neceſſe eſt, ut nunc etiam ii conferant, qui diverſo jure veniunt: cui illud quoque conſequens eſt, quod in caſu *d.l.10. ff. hoc tit.* nunc mero jure collatio facienda ſit, & facienda etiam in caſu *l.6. & l.7. ff. de dot. collat.* utpote ſublatarum per *Nov. 18. c.6.* quæ & communis eſt opinio, teſt. *Jaſ. in d.l.17. C. hoc tit. col.5. verſ. in ultima parte. Graſſ. lib.2. rec. ſent. quæſt.4. Nemauſenſ. d. tract. quæſt.32. Vaſq. lib.1. de ſucceſſ. reſol. §.19. n.54. & ſeqq.*

CAP. VII.

De mutatione progreſſu temporis facta circa perſonas conferentium.

SUMMARIUM.

1 *Collatio dotis a quo quam ob cauſam impoſita filiæfam.*
2 *A quo quam ob cauſam collatio dotis & donationis propter nuptias liberis omnibus injuncta.*
3 *A quo qua de cauſa producta collatio ad ſuccedentes in linea materna.*
4 *Item ad nepotes & neptes ſuccedentes cum patruis & avunculis.*
5 *A quo tandem quam ob cauſam tracta collatio ad ſuccedentes ex teſtamento.*
6 *Inter liberos collationem fieri debere, etiamſi cum his extraneus heres ſcriptus ſit.*
7 *Ad excludendam collationem ſufficere voluntatem defuncti ex evidentibus conjecturis elicitam.*
8 *Non conferri, quod datum eſt ultra portionem hereditariam.*

PRocedente tempore etiam liberis in poteſtate poſitis onus res quaſdam conferendi impoſitum eſt, & tam invicem ſibi, quam fratribus emancipatis ſimul ex edicto ſuccedentibus, bonorum ſcilicet poſſeſſione *unde liberi* aut *contra tabulas* petita.

1 Et quidem primus D. Pius conſtituit, ut filiafam. dotem, quam a patre

tre acceperat vel promiſſam habebat, fratribus conferret, *l.1. pr. ff. de do:. collat. junct. l.3. l.4. l.8. l.filiæ* 12. *C.hoc tit.* quod ratio æqualitatis ſuaſit, eo quod pater dotem ex officio dare tenetur, & dos etiam profectitia propter jus filiæ, quod conſtante matrimonio habet, e bonis patris quodammodo exit,de quo dictum ſuperius *c.2.*Putaverunt nonnulli obſtare *l.Pomponius Philadelphus* 35. *ff.fam. ercifc.* ſed male: quoniam Papinianus illic tractat de filia teſtamento patris herede inſtituta, quo caſu filia non conferebat dotem, *l.7. C.hoc tit.*

2 Quod cum a D.Pio conſtitutum eſſet in dote, Leo Imperator, propter ſimilitudinem dotis,idem juris eſſe voluit & in donatione propter nuptias, quæ veluti alia quædam dos ſive ἀντιφέρνη, & dotis quædam compenſatio eſt; veteribus autem incognita, *l.29. C.de inoff.teſtam.*

3 Idem Imperator collationem produxit etiam ad ſucceſſionem inteſtatam in linea materna, *l.ut liberis* 17. *C.hoc tit.* Itaque ex eo tempore liberi omnes, ſive ſui ſint, ſive emancipati, ſive ſoli ſui, ſive ſoli emancipati, ſive inter ſe mixti, ſive nec ſui, nec emancipati, quocunque jure inteſtatæ ſucceſſionis parentibus heredes exiſtant, ad collationem vocantur. Hoc autem ex ſola conſideratione æqualitatis a Leone conſtitutum eſt: nam liberi matri non acquirunt, aut matri ex ſenatuſconſulto ſuccedentes, quemquam injuria afficiunt, præter agnatos, quibus alias ex lege duodecim tabularum deberetur hereditas: ſed horum in cauſa collationis nunquam ratio habita fuit.

Plenius itaque Leo non ſolum in dote, ſed etiam in donatione propter nuptias de collatione cavit; videlicet ut ſine diſtinctione a patre, an a matre, avo, avia, proavo, proavia, paternis, maternis dos aut donatio propter nuptias profecta eſſet, conferretur; idque locum habere voluit tam in ſuis, quam in emancipatis, *d.l.*17.

Juſtinianus autem inſuper ſuſtulit ſcrupulum,qui ortus erat ex conſtitutione Arcadii & Honorii in *l.nepotes, C.Theod.de legit. hered.* an quod ſtatutum erat in collatione per nepotes avunculis facienda, etiam in patruis, amitis, materteris,& contra probandum eſſet. Fecit hoc Juſtinianus in *l.illam* 19. *C.eod.* ubi ſcrupulum illum tollens generaliter cavet, ut nepotes avo aut aviæ ſuccedentes ab inteſtato non tantum inter ſe, ſed etiam patruis, avunculis, amitis, & materteris defuncti liberis ac coheredibus ſuis, atque hi viciſſim illis conferant, *Bart. Jaſ. Alex. & alii ad d.l.9.*

4 Nondum erat collatio inter eos, qui ſuccedebant ex teſtamento, *l.6. l.3. ff.de dot.coll. l.Pomponius Philadelphus* 35. *ff.fam. ercifc. l.1. l.7. C.hoc tit.* niſi nominatim teſtator collationem injunxiſſet, *d.l.1. C.hoc tit.*

5 Tandem autem etiam hoc jus mutavit Juſtinianus; atque ut omnimodo æqualitas inter liberos ſervaretur, conſtituit, ut liberi, quamvis heredes ſcripti,bona inter ſe conferant, uti conferrent, ſi ab inteſtato parenti ſucceſſiſſent, niſi teſtator expreſſe collationem remiſerit aut inhibuerit, *Nov.18. c.6.* unde *auth.ex teſtamento, C.hoc tit.* Aliter nimirum teſtamen-

to facto Juſtinianus voluntatem patris de collatione admittenda interpretatus eſt, aliter veteres & priores legum conditores. Veteres verba defuncti ſecuti ſunt, & ex verbis de collatione judicarunt, ut ſi teſtator collationem injunxiſſet, bona conferri deberent; ſi de collatione nihil dixiſſet, tunc nihil quoque conferri ex voluntate ejus deberet. Juſtinianus autem ſententiam parentum ſpectavit, non verba, & credidit, nec ſine ratione, ſemper in dubio hanc videri eſſe mentem & votum patris, ut æqualitas & concordia inter liberos ſervetur, nec alter plus altero conſequatur. Quod autem de collatione nihil caverit pater, id videri factum, quia aut cogitatione mortis præpeditus *ὑπὸ τις ἐν τῇ θανάτω ταραχῆς στενοχωρούμενος*, aut alia cogitatione impeditus, non meminerit eorum, quæ prius a ſe data fuerunt. Ad hanc enim æquitatem ut res revocetur, expreſſe teſtatur Imperator, ſed etiam collationem exigere a ſcriptis heredibus, *d. Novell.* 18. *cap.* 6.

6 Nec dubito, quin inter liberos collatio fieri debeat, etiamſi cum his extraneus aliquis heres ſcriptus ſit: quoniam cum per adjectionem extranei heredis non tollatur ratio juris novi, quæ æqualitatem inter liberos deſiderat, nec hac adjectione videri poteſt remiſſa collationis neceſſitas. Extraneo autem heredi conferendum eſſe, aut hunc conferre oportere, nemo credo dixerit, *Nemauſ. cap.* 2. *n.* 18. *Rimin. in l.* 9. *hoc tit. n.* 181. *Ant. de Amat. num.* 156. *& ſeq.* 7.

7 Illam autem reſtrictionem noſtram, *niſi teſtator expreſſe collationem remiſerit aut prohibuerit*, juxta *d. Nov.* 18. *c.* 6. non ſic accipi volumus, quaſi ad excludendam collationem omnino neceſſariam putemus verbis directo inhibentibus aut remittentibus expreſſam parentis voluntatem: ſed voluntatem quoquo modo ſignificatam, iis tamen verbis, unde ea probabiliter colligatur: veluti ſi pater majorem partem bonorum filio aſſignaverit, quam filiæ, addita hac ratione, quod filiam dotaſſet: ex eo enim ſatis intelligimus, eum noluiſſe dotem a filia conferri, *per l. ex parte* 39. §. 1. *ff. fam. erciſc. & ibi Coſial.* Unde *VVameſ. cent.* 2. *Civil. conſ.* 44. recte reſpondit, teſtatorem, qui quaſdam res a filia conferendas ſpecialiter deſignaverat, intelligi reliquas a collatione exemiſſe. Sed & in caſu præcedente idem probandum eſſe, licet cauſam inæqualis diviſionis non expreſſerit pater; & ad collationem impediendam, ſi alias inæqualitas oriretur, ſufficere voluntatem defuncti conjecturis collectam, contra *Fulgoſ. & Roman.* contendit *Aretin. in l.* 9. *C. hoc tit. col.* 2. *arg. d. l.* 39. §. 1. *fam. erciſc.* cujus ſententiam ab æquitate commendat *Nemauſ. quæſt.* 33. ſequitur *Cravett. conſ.* 85. *&* 125. *Surd. conſ.* 143. *n.* 18. *&* 19. & alii laudati & probati a *Fachin. lib.* 5. *cap.* 78. quibus ſuum quoque calculum adjicit *Cl. D. Tulden. ad C. hoc tit. n.* 2.

8 Qua eadem ratione, etſi regulariter dos conferri debet, tamen ſi pater majorem filio, quam filiæ portionem reliquerit, cenſendus eſt tacite onus conferendi remiſiſſe, *Mantic. lib.* 6. *de conj. ult. vol. tit.* 2. *n.* 11. *poſt Odofr. Alber. Floria. & alios ibid. citatos*. Denique ob hanc eandem cauſam non

con-

confertur, quod præter & ultra portionem hereditariam datum eſt; veluti ſi pater filiæ ſuæ nomine dotem dederit centum aureorum, addita hac clauſula, *idque ultra eam portionem, quam in bonis meis me defuncto habitura eſt*, quippe qua adjectione collatio non obſcure remittitur, *Ant.Fab.C.ſub hoc tit. defin.2.*

Cap. VIII.

De filio & ex eo nepote inſtitutis; deque filia inſtituta, quæ alias ſtatuto extantibus maſculis excluderetur.

SUMMARIUM.

1 *Certo jure olim ceſſaſſe collationem, ſi filius & ſimul nepos ex eo inſtituti fuiſſent.*
2 *Sed nec novo aut noviſſimo jure collationem iſto caſu procedere.*
3 *Caſus ſuperiori non abſimilis.*
4 *Filiam, quæ ſtatuto a ſucceſſione patris extantibus maſculis excluditur, heredem cum fratribus ſcriptam, collationi obnoxiam non eſſe.*

1 JUre veteri, ſi pater filium & ex eo nepotem heredes inſtituiſſet, ceſſaſſe collationem certum eſt: quoniam omnium inſtitutorum idem jus erat, cum omnes venirent ex judicio parentis, ut & ſuccederent jure proprio, & nemo per alterum incommodo afficeretur: ſic enim ſi emancipatus una cum ſuo heres inſtitutus fuerat, ceſſabat ob eandem cauſam collatio, & omnino non erat locus collationi inter ſuccedentes ex teſtamento, de quo *cap. praced.*

2 Sed nec noviſſimo jure, quo etiam inter ſuccedentes ex teſtamento jus collationis eſt, in caſu propoſito collatio admittenda; quia ceſſat ratio, ob quam etiam in teſtamentaria ſucceſſione locum habere collationem placuit, nimirum conſervatio æqualitatis inter liberos: ſed inter eos liberos nimirum, qui jus æquale habent in ſucceſſione paterna, & qui ſi teſtamentum factum non eſſet, jure liberorum ab inteſtato hereditatem obtinuiſſent; quod in propoſito non eſt, utpote cum pater in ſucceſſione inteſtati nepotem ex ſe natum in totum excluſiſſet. Abſurdum quippe eſt dicere eos, qui in ſucceſſione inteſtata jus nullum habent, ſi fuerint cum aliis inſtituti, inducere collationem: nam æqualitas illa reſpicit æquale jus liberorum in ſucceſſione inteſtati, & alias magis induceretur inæqualitas; ita poſt *DD. vulgo in l.9. C. hoc tit. Nemauſ. quaſt.25. Pet. Tholoſ.46. ſyntagm.8. n.24. Gomeſ. ad legem Tauri 29. n.7. Gilken. in l.9. C. hoc tit. n.48.*

3 Similiter ſi verbi cauſa teſtator Titium filium ſuum ex ſola portione

 le-

legitima heredem ſcripſerit,in reliquis autem bonis nepotes tum ex eodem Titio, tum ex Mævio filio altero præ ſefuncto, dicendum eſt Mævii liberos donationem propter nuptias, quam pater eorum a teſtatore eodemque patre ſuo acceperat, conferre non teneri; quoniam teſtamento non condito liberi Titii in ſucceſſione avi nihil juris vivente Titio habituri fuiſſent, ſed extraneorum loco futuri. Et mirum eſt eos, qui ſecus ſentiunt,ad confirmationem contrariæ ſententiæ proferre *l.ſi nepotes* 7. *ff.hoc tit.& l.ut liberis* 17. *C.eod.* quippe quibus locis agi conſtat de ſucceſſione inteſtata, ac proinde de iis nepotibus,qui in ea ſucceſſione jus habent, eo quod ſucceſſerunt in locum patris,*d.l.*7. aut etiam matris juxta jus novum introductum a Leone in *d.l.*17. Quamvis autem Juſtinianus collationis jus produxerit etiam ad ſucceſſionem teſtamentariam, ſemper tamen ponendi ſunt termini habiles κατὰ τὸν ὅδη διατεταγμένον, ut ipſe loquitur; nempe ſi illi liberorum heredes inſtituti fuerint, qui & ab inteſtato venire poterant, aut qui immerito exheredati præteritive, queri de inofficioſo, vel bonorum poſſeſſione contra tabulas petita teſtamentum patris evertere poſſent. Ita recte Curia Friſiæ apud *Joan. a Sande lib.*4.*tit.*10. *defin. unic.*

4 Ex his fere judicari etiam poteſt, quid ad illam alteram quæſtionem reſpondendum ſit, an filia ſtatuto exiſtentibus maſculis a ſucceſſione ab inteſtato excluſa, & a patre ſimul cum fratribus herede inſtituta, ad collationem vocanda ſit: nimirum idem, quod in caſu ſuperiore, non cogendam conferre: quoniam cum ita excluſa nihil juris habeat in ſucceſſione patris inteſtato mortui, ſi inſtituta ſit, tanquam extranea venire videtur: extraneos autem collatione non fungi in confeſſo eſt, *l.ult.C.comm. utr. jud.* Utique jure liberorum cenſendi non ſunt, quibus nec legitima debetur, ſed qui alendi tantum, & qui nec bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, nec præteriti *contra tabulas* petere poſſunt, nec exeredati queri de inofficioſo. Quod ſi ſoror in propoſito fratribus conferre deberet, fratres quoque viciſſim huic conferre tenerentur; quod eſt abſurdum & contra ſententiam ac favorem ſtatuti. Nec obſtat, quod ſtatuto duntaxat locus ſit in cauſa inteſtati, hic autem filia heres cum fratribus inſtituta proponatur, atque, ut vult *Jaſon in l.*9. *C.hoc tit. col.*8. non ut extranea, ſed ut filia ex paterno affectu; nam æquale jus liberorum, quod habuiſſent in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato,etiam fundamentum eſt collationis faciendæ in ſucceſſione teſtamentaria, *Nov.*18. *c.*6. & magis eſt, ut quod ex teſtamento patris hic filia conſequitur, id extero jure, ut quilibet alius extraneus, capiat, *arg. l.a patre* 10.*C.hoc tit.*ita *Nemauſ.d.quæſt.*25.*Pet.Tholoſ. d.num.*24. *Crav.*1. *conſ.*11. *n.*13. *poſt Bald. in l.ult.C.de lib.præt.col.fin. Bart.in l.ult. ff.ad ſen. Tertull. Rimin. ad l.*9. *C.hoc tit. n.*237.*& ſeqq.*

CAP. IX.

CAP. IX.

Quando ſeu qua in ſucceſſione locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1 *Olim collationi locum non fuiſſe, niſi in ſucceſſione ab inteſtato.*
2 *Quid ſi non teſtamentum, ſed codicilli facti eſſent.*
3 *Confutatio vulgatæ diſtinctionis inter codicillos de toto & de parte diſponentes.*
4 *Qui bonorum poſſeſſionem omittit contentus codicillo ſibi relicto, ad collationem non urgetur.*
5 *Cur codicillis factis collatio nihilominus proceſſerit, teſtamento facto non item.*
6 *Quæſtiones hujuſmodi hodie ſupervacuas eſſe, poſt* Nov. 18. c. 6.

1 OFfert ſe nunc tertia quæſtio, quando ſeu qua in ſucceſſione collationi ſit locus. Olim qui ex judicio patris veniebant, non ſuſtinebant onus collationis, niſi id expreſſe injunctum fuiſſet: ſed collatio tantum locum habebat in ſucceſſione inteſtata, *l. 3. l. 6. ff. de dot. coll. l. 1. l. 7. l. ut liberis* 17. *C. hoc tit.* quanquam nihil intererat, teſtamentum factum non eſſet, an quod factum erat, everſum eſſet per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut per querelam inofficioſi, *l. 4. d. l. 17. C. hoc tit.* atque ejus rei jam ſæpe mentio facta eſt.

2 Quæſitum autem ab interpretibus eſt, quid juris fuerit, ſi non teſtamentum, ſed codicilli facti eſſent. *Curtius, Cagnol. Riminald. in l. 9. C. hoc tit.* diſtinguunt inter codicillos diſponentes de toto, & diſponentes de parte aliqua, atque illis aſſerunt collationem impeditam fuiſſe, his non item: nimirum illi codicillos, quibus diſponitur de toto (quanquam hoc minus accurate dicitur, cum codicillis non detur hereditas) putaverunt comparandos teſtamento, ut ſicuti teſtamento inſtitutus filius emancipatus non conferebat, ita nec collationi obnoxius fuerit in caſu codicillorum diſponentium de toto, id eſt, ut ego puto, de bonis univerſis aut parte hereditatis emancipato reſtituenda, quoniam hic ſuccedit tanquam ex judicio patris: at ubi de re aliqua ſingulari diſponunt, idem dici non poſſe.

3 Ego vero non poſſum animadvertere, quid ad cauſam collationis interſit, de toto codicilli, an de parte diſponant: ſiquidem ex codicillis non ſucceditur: de collatione autem quæri non poteſt, niſi inter eos, qui ſimul ſuccedunt. Ponamus patrem filium emancipatum codicillis rogaſſe, ut portionem hereditatis fratri ſuo in poteſtate retento reſtituat. Hic filius emancipatus non ſuccedit ex codicillis, aut directo venit ex judicio patris; ſed ut ſuccedat, beneficio prætoris opus eſt, bonorum poſſeſſione unde liberi: quam ſi petat, bona ſua fratri, cum quo ſimul ſuccedit, ne incommodet ſuo

Digitized by Google

heredi, conferre debet, Partem autem, quam rogatus eſt reſtituere, reſtituet retenta quarta ex Senatuſconſulto, eamque præcipuam habebit, *arg. l.a patre* 10. *l.filiam.*16. *C.hoc tit.* Idemque omnino juris eſt, ſi liberi emancipati codicillis rogati ſint de re ſingulari fratribus in poteſtate retentis reſtituenda, *dd.ll.*

Ponamus ex contrario patrem codicillis a filio in poteſtate conſtituto fideicommiſſum hereditatis aut rei ſingularis reliquiſſe filio emancipato: nihilomagis emancipatus ex judicio patris ſuccedit, & codicillis non obſtantibus bonorum poſſeſſionem *unde liberi* petere debet: quam ſi petierit, cum filio in poteſtate concurrens bona quoque ſua conferre cogitur, ut tamen quæ codicillis relicta ſunt, quoniam extero jure capiuntur, præcipua habeat, *l.a patre* 10. *l.filiam.*16. *C.hoc tit. & ibi Gloſſ. & DD.*

4 Plane ſi bonorum poſſeſſionem omiſerit, contentus eo, quod ſibi relictum eſt codicillis, hoc caſu ad collationem eum urgeri non poſſe certum eſt: quoniam nemo ad collationem vocatur, qui non appetit ſucceſſionem, *l.ult. ff.hoc tit. l.ex cauſa* 25. *C.fam.erciſc.*

5 Sic ergo omnino habendum, jure veteri locum eſſe collationi etiam tunc, cum codicilli facti ſunt, quoniam nihilominus ſucceditur ab inteſtato; ſed codicillis uni ex liberis relicta in contributionem non venire; quia hoc non ut liberi, ſed ut extranei quilibet, capiunt, *dd.ll.junct. l.*1. *§.*6. *ff. hoc tit.* Teſtamenti longe alia ratio eſt: nam ſi in eo inſtitutus eſſet filius emancipatus, tum & partem ſuam, ex qua heres ſcriptus erat, conſequebatur, & de ſuo nihil conferebat: quoniam directo ex judicio patris ſuccedebat: ſi vero præteritus eſſet, hic contra tabulas bonorum poſſeſſionem petens, quod ipſi relictum erat, præcipuum habere non poterat, cum teſtamentum & judicium patris everteret, *l.*5. *§.*2. *ff.de legat.præſtand.add.Ant. Fab. dec.*40. *err.*4.

6 Hæc quæſtio adhuc locum habere poteſt, ſicubi locorum obſervetur, ut collatio tantum fiat in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato: alias ſupervacua eſt, cum jure communi ex conſtitutione Novella Juſtiniani etiam ex teſtamento conferri oporteat, & omni caſu, quo collationem ab inteſtato fieri neceſſe erat; niſi collatio expreſſim prohibita aut remiſſa ſit, *Nov.*18. *c.*6. unde *auth.ex teſtamento, C.hoc tit. & ibi DD.vulg.*

CAP. X.

De bonis collationi obnoxiis, & contra.

SVMMARIVM.

1 2 3 4 5 *His numeris continetur brevis quadam repetitio eorum, quæ ſupra diſputata, præſertim* cap.2.

6 *Diſtinctio peculii filiorumſam.*

7 Hanc

7 *Hanc diſtinctionem in argumento de collatione etiam in emancipatis uſum habere, & id quoque profectitium cenſeri, quod a matre obvenit.*
8 *Applicatio ſuperioris diſtinctionis ad collationem.*
9 *Bona caſtrenſia collationis immunia.*
10 *Item quaſi caſtrenſia.*
11 *Quid juris de libris filio literis operam danti a patre ſuppeditatis.*
12 *Quid de datis filio jam gradum adepto.*

1 HÆc quarta principalis quæſtio eſt ceteris proxilior & ſubtilior. Ex iis, quæ ſupra diſputavimus, intelligi poteſt, liberos emancipatos cum ſuis concurrentes omnia bona, quæ ſi in poteſtate manſiſſent, patri acquiſituri fuerant, juxta edictum generale conferre debuiſſe. Itaque ſola caſtrenſia & quaſi caſtrenſia fratribus non conferre, *l.* 1. *§. nec caſtrenſe* 15. *ff. hoc tit.*

2 Poſt reſcriptum Divi Pii ſui heredes inter ſe aut cum emancipatis concurrentes dotem conferebant: ſed dotem duntaxat; nam donatio propter nuptias adhuc erat incognita, & cetera bona vel profectitia vel adventitia in hereditate patris manebant, inter heredes dividenda.

3 Poſtea donatione ante ſeu propter nuptias introducta, placuit ut hanc etiam liberi conferrent, ſi modo profecta eſſet ab eo parente, de cujus hereditate dividenda ageretur: quod ſuaſit ratio æqualitatis, *l. ut liberis* 17. *C. hoc tit.*

4 Adhuc præter profectitia etiam pleraque adventitia parenti, cujus in poteſtate erant, liberi pleno jure acquirebant; ſola materna & materni generis excipiebantur. Itaque veriſimile eſt emancipatos in hujus generis bonis tantum ab onere collationis exemtos fuiſſe: quoniam etſi in poteſtate manſiſſent, horum proprietatem non patri, ſed ſibi acquiſiviſſent: ob hanc enim rationem duntaxat caſtrenſia & quaſi caſtrenſia non conferebantur.

5 Poſtquam autem adventitiorum omnium proprietas liberis in poteſtate conſtitutis conceſſa fuit a Juſtiniano, recte eidem Imperatori viſum eſt, ne quicquam conferretur præter profectitia, id eſt, ea, quæ ex bonis parentis, de cujus ſucceſſione quæritur, profecta ſunt, *l. ult. C. hoc tit.*

Sed antequam ſpeciatim definiamus, quæ res conferendæ ſint, aut non conferendæ, utile erit genera bonorum, quæ liberi habent, ſive in poteſtate ſint, ſive non ſint, accurate diſtinguere.

6 Quicquid filiifam. habent, ſive conceſſione patris, ſive partum ſuo labore, aut aliunde quæſitum, id uno nomine peculium appellatur. Hujus autem peculii quatuor ſunt genera. 1. caſtrenſe, quod per occaſionem armatæ militiæ filiofam. quæſitum eſt. 2. quaſi caſtrenſe, quod in toga reipub. operam navans paravit. 3. profectitium, quod a patre ſive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiſcitur. 4. adventitium, quod aliunde obvenit, *l. ult. C. de inoff. teſt. §.* 1. *Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* Primum & ſecundum genus bonorum pleno jure eſt ipſorum filiorumfam. tertium pleno jure pa-

tris:

tris: quarti uſusfructus ad patrem pertinet, ad filium proprietas, *d.§.1.*

7 In eos autem, qui ſunt ſui juris, etſi hæc diſtinctio & nomen peculii non cadit, *d.l.ult. C.de inoff.teſt. l.paterfam.*182.*de verb.ſign.* attamen in argumento de collatione bonorum, cum quærimus, cujus conditionis bona conferri oporteat, etiam diſtinctione iſta uti licebit, & abuti nomine peculii in emancipatis aut alias ſui juris factis, *l.1.§. nec caſtrenſe* 15. *ff. hoc tit.* Sed & quicquid provenit ex bonis ejus parentis, de cujus ſucceſſione agitur, etiamſi mater aut avia ſit, pro profectitio, quoad effectum conferendi, habendum eſt, *l.ut liberis* 17. *C.eod.*

8 Jam vero juxta hanc diſtinctionem bonorum ſic ſtatuendum eſt; cujus generis bona filius ſi ſit in poteſtate patris, patri non acquirit, ſed ſibi præcipua habet, ejuſdem generis bona emancipatus fratribus conferre non debet: ſed uti fratres ſua illa præcipua haberent, ita & emancipati ejuſdem generis bona præcipua habere debent. Contra vero cujus generis bona filius, qui in poteſtate manſit patri ſuo acquirit, ejuſdem generis bona emancipatus fratribus confert: quoniam cum hujus generis bona in filiosfam. collata veniant ſua ſponte in diviſionem paternæ hereditatis, & ita communicentur cum emancipatis fratribus, iniquum eſt ejuſdem generis bona emancipatos in diviſionem hereditatis non conferre, *l.filiæ* 12. *C. hoc tit.*

9 Igitur ut dicere cœperamus, non conferuntur bona caſtrenſia, *l.ult. C.hoc tit.* & jam olim hæc fratribus ſuis non conferebant emancipati, *l.1. §.nec caſtrenſe* 15. *ff.eod. l.*12. *C.eod.* nempe quia & ſi fratres, qui in poteſtate manſerunt, ejuſdem generis bona acquiſiviſſent, ea in diviſionem hereditatis paternæ non veniebant, ſed præcipua ſibi habebant, utpote patri nunquam quæſita, ſed illis pleno jure tributa tanquam patribusfam. *§.1. Inſt. per quas perſ.cuiq. acq.* Proinde nec ſi quæ res mobiles a patre, aut a matre, aliisve propinquis aut amicis filio in militiam eunti donatæ ſint, puta equi, arma &c. conferentur, quia caſtrenſi peculio cedunt, *l.4.C.fam. erciſc. l.1. C.de caſtr. pecul. lib.*12. Sed & ex alio quoque capite, quæ ita donata ſunt a propinquis aut amicis, non conferuntur, quia non conferuntur adventitia.

10 Eadem ratio eſt bonorum quaſi caſtrenſium, *d.l.1.§.nec caſtrenſe* 15. *ff.hoc tit.* Itaque ſi quid filii in alicujus dignitatis aut adminiſtrationis gradu poſiti, ſi cauſas in foro orantes, ſi liberales artes publice profitentes &c. acquiſierint, id in collationem non venit.

11 Quæſitum eſt, an idem dicendum ſit de libris a patre filio literis operam navanti emtis & traditis, ut & ipſi tanquam quaſi caſtrenſe peculium non conferantur. Hanc quæſtionem prolixe tractat *Gilken.ad auth.ex teſtamento n.*29. *& multis ſeqq. C.hoc tit.* Sed nihil opus eſt tam operoſa diſputatione. Nam ſi illa librorum datio aut ſuppeditatio a patre revocari poteſt, antequam gradum acceperit filius, quod plerique concedunt cum *Bart.in l.1. §.nec caſtrenſe* 15. *ff.hoc tit. Jaſ.in l.filiæ* 12. *C.eod. Bald.in l.*5. *C. ad Sen. Maced.* & recte, *arg. l.ſive emancipatis* 14. *C.de donat. l.*10. *l.a marito*

18.*C.de*

Digitized by Google

18. *C.de don. int. vir. & ux.* libri ita a patre comparati & ſtudiorum cauſa filio traditi, pro quaſi caſtrenſi peculio haberi non poſſunt. Imo nec ſtudioſi, quamdiu in curſu ſunt, quaſi caſtrenſe peculium habent: utique non recenſentur in eorum numero, qui habent, *l.ult. C.de inoff.teſt.* nulliuſque momenti eſt argumentum pro contraria ſententia ductum a privilegiis,quæ ſtudioſis conceſſa in *auth.habita, C.ne fil. pro patr.* Quæ enim hæc collectio eſt, Imperator quædam privilegia doctoribus & ſtudioſis promiſcue conceſſit; ergo conditionem eorum exæquavit? Ac proinde ſi pater prius mortuus fuerit, quam filius curſu ſtudiorum ſuorum abſoluto titulum Doctoris, Licentiati, aut Magiſtri meruerit, dici non poteſt, libros illi ſubminiſtratos quaſi caſtrenſi peculio accenſendos & collationis immunes eſſe: quod & ipſum confirmant *Bald. Caſtr. Fulgoſ. in l. ſi donatione* 13. *C. hoc tit. Ant.de Amatis in l.9. C.eod.n.*139. & plures alii, quos memorat *Gilken.ubi ſup. n.*42.

Sed neque ex illo capite, quo donatio ſimplex non confertur, libros filio bonis artibus operam danti a patre datos a collatione eximere poſſumus: quoniam ut recte *Bald. in d.l.5. C. ad ſen. Mac.* pater filio ſcholari emens libros, eos donare minime cenſendus eſt: & *l.1. C.de caſtr.pec.* accipienda de iis, quæ filio donata ſunt, non quæ ſimpliciter data aut conceſſa, *add. Sicbard.in l.filiæ* 18. *C.fam.erciſc. n.3. & 4. & in auth. ex teſtamento, C.hoc tit. n.*20. Plane ſi pater libros, quos filio comparaverat, eum patiatur retinere etiam poſtquam titulum Doctoris &c. adeptus eſt, ex eo tempore peculio quaſi caſtrenſi adſcribendi videntur, rataque eſſe atque irrevocabilis donatio, *arg. l.Sticho* 53. *ff.de pecul. l.donationes* 25. *C.de don. int.vir. & ux.*

12 Sane enim ſi filio jam titulum Doctoris adepto, atque in foro verſanti libros aliquos pater dediſſet, eos peculii quaſi caſtrenſis jure cenſeri oportere crediderim, *Alber.de Roſat.in l.*13. *C.hoc tit. n.*7. *Bart.in l.1.§.nec caſtrenſe n.2. ff.eod. late Salic.in l.filiæ* 18. *C.fam. erc. n.14.& 15. Sicbard. in d.auth. ex teſtamento n.20. Vaſq.lib.2. de ſucceſ. reſol. §.19. n.30.& ſeq. Schneid. in §.quædam. Inſt.de act. ubi de actione fam.erc. n.48. Perez C.hoc tit. n.12. Gilken.ubi ſup. n.35.& ibi citati.*

CAP. XI.

De collatione adventitiorum.

SUMMARIUM.

1 *Adventitia jure noviſſimo non conferuntur.*
2 *Nec emancipatis horum conferendorum onus incumbit?*
3 *An fructus adventitiorum ab emancipatis conferendi.*
4 *An ſi percepti a filiofam.*

So-

1 SEcundum diſtinctionem bonorum capite præcedenti poſitam, nec adventitia hodie in collationem veniunt. Nam poſtquam conſtitutionibus Imperatorum recentiorum & maxime Juſtiniani effectum eſt, ut nec peculium adventitium acquiratur patri, quod ad proprietatem attinet, recte viſum eſt Juſtiniano & ſuperioribus convenienter, ut bona quoque adventitia collationi eximerentur; propter eandem videlicet rationem, ob quam placuit, ne caſtrenſia aut quaſi caſtrenſia conferrentur, *l.ult. C.hoc tit.*

2 Et igitur nec emancipati jam neceſſe habent conferre, quæ ipſis aliunde quam a patre obvenerunt, ut recte ſtatuunt *DD.comm. in & per d.l.ult. C. hoc tit.* Etenim correcta ratione legis, & ipſa lex correcta intelligitur. Cum ergo Juſtinianus in *d.l.ult.* ad exemplum caſtrenſis peculii hoc ſe ſancire teſtetur, ne ea quæ parentibus non acquiruntur, collationi poſt mortem parentum ſubjaceant; etiam hoc ſancire ſimul intelligitur, ne emancipati ea, quæ ſi in poteſtate manſiſſent, patri non acquiſiviſſent, conferre neceſſe habeant: quippe cum ob hanc unam cauſam emancipati olim caſtrenſia conferre non tenerentur; quoniam etſi in poteſtate manſiſſent, nihil tamen juris in his patri acquiſitum fuiſſet. Diſſentit tamen *Nemauſ. c.2. n.10. poſt Odofr. in d.l.ult. & Jac. de Ravenn. relatum ab Alex. & Jaſ.* Sed horum argumenta nullo negotio convelli poterunt, dummodo noſtra bene expendantur. Nam quod ajunt certo jure conſtitutum eſſe, ut emancipati una cum ſuis heredibus ad hereditatem paternam adſpirantes omnia bona ſua in medium conferant, *l.1. pr. ff.hoc tit. l.6. C.eod.* nullamque legem aut conſtitutionem proferri poſſe, qua hæc illis neceſſitas remittatur, hoc ex eo refellitur, quod Juſtinianus in *d.l.ult.* quæ edita eſt Lampadio & Oreſte Coſſ. neceſſitatem collationis attemperavit rerum acquiſitioni; & bona adventitia in cauſa collationis ejuſdem juris eſſe voluit, cujus jam antea erant caſtrenſia; quæ conſtat nunquam in collationem veniſſe.

3 De fructibus tamen adventitiorum adhuc quæſitum eſt, an non hos ſaltem emancipati conferre teneantur, quoniam ſi in poteſtate manſiſſent, eorum commodum patri quæſitum fuiſſet. Quod omnino affirmandum videtur, ſive novi juris rationem ſpectes, æqualitatem videlicet; ſive veteris, quia quantum ad fructus, hodieque liberis in poteſtate retentis affertur incommodum, cum illi fructus acquirant patri. Idque pro certo poſt *Cyn. Bart. Caſtr. Fulgoſ. tradit. Jaſ. in d.l.ult. col.2.* Nec obſtat, quod objicit *Nemauſ. quæſt.8.* quod filius emancipatus, ſtatim pleno jure hoſce fructus ſibi acquirat: ſufficit enim ad onus collationis, quod patri acquiſiti fuiſſent, ſi manſiſſet in poteſtate. Cogitandum tamen, an non officio arbitri familiæ erciſcundæ collatio iſta moderanda ſit propter alimenta, quæ filio in poteſtate pater præſtitit; cum emancipatus ſe ipſe exhibere debeat, per ea, quæ ſupra *c.5. in fin.*

4 Ex contrario quoque fructus bonorum adventitiorum a filiofam. percepti conferendi ſunt; quoniam adventitia, quatenus eorum poſſeſſio & uſus conceditur filio, naturam quodammodo induunt profectitiorum, quorum

pro-

Digitized by Google

proinde fructus præcipuos ſibi retinere filius non poteſt. Imo vero adventitiorum fructus omnes jure profectitiorum cenſendi, quia ad patrem pertinent. Accedit & ratio æqualitatis, quoniam, ut jam dictum eſt, emancipati eorundem bonorum fructus conferre tenentur. Plane ſi ſine dolo malo conſumti fuerint, ceſſabit collatio per *l.1. §.confertur 23. l.2.§.2. ff.hoc tit. Nemauſ.quæſt.8.Rimin.ad l.9.C.hoc tit.n.358. Jaſ.in l.ult.C.eod.col.2.* Quod ſi pater ipſe uſumfructum retinere noluerit, aut filio ſimpliciter donaverit, ut in ſpecie *l.6. §.1. verſ.ſin autem, C.de bon. quæ lib.* ceſſabit collatio, *Gomeſ.ad l.29. Tauri n.28.& DD. ibid.recenſiti.* Hæc quæſtio autem ſupervacua eſt, ubi plena adventitiorum proprietas ipſis filiisfam. acquiritur, ut paſſim in Belgio, & Gallia. *Gudelin. lib.1. de jur. Nov.14. Grot.1. manud.6. Chaſſan.in conſuet.Burg.§.5.tit.des enfans de pluſieurs licts.*

Cap. XII.

De collatione dotis & donationis propter nuptias.

SUMMARIUM.

1 *Dos & donatio propter nuptias quando quibus conferatur?*
2 *Quibus nepotes & neptes, cum patruis aut avunculis concurrentes, dotem aut donationem propter nuptias ſibi datam conferant.*
3 *An & quam dotem & quibus filiæfam. aut filiæ emancipatæ conferant.*
4 *Quid jure veteri iſto caſu obtinuerit, &* n.5.& 6.
7 *Quid ſi dos non data, ſed tantum promiſſa fuerit.*
8 *Filius non tenetur conferre dotem uxoris ſuæ.*
9 *Nec dotem, quam filiæ ſuæ dedit, niſi ad eum reverſa ſit.*
10 *Quid ſi hereditas diviſa non interveniente collatione.*
11 *Quid juris ſi conſtante matrimonio de dote conferenda agatur?*
12 *Sententia* auth. quod locum, C.hoc tit.
13 *An diſpoſitio* d.auth.*hodie obſervetur.*

IGitur cum neque bona caſtrenſia aut quaſi caſtrenſia; neque adventitia ſubjecta ſint collationi, ut jam demonſtratum eſt, ſi quæ ſunt legi collationis obnoxia, ea erunt ſola bona profectitia, quod & verum eſt. Profectitia autem in hoc argumento appellamus omnia, quæ profecta ſunt ab eo parente, de cujus ſucceſſione agitur; etiamſi a matre, avo materno, aut avia vel paterna vel materna. Neque tamen omnia hæc in collationem veniunt, quamvis teſtamento aut codicillis non ſit remiſſa collatio: ceterum pleraque.

1 Primum conferenda eſt dos, quam filia, & donatio propter nuptias, quam filius a parente, de cujus hereditate agitur, accepit, *l.ut liberis 17. C. hoc tit. Nov.18. c.6.* Ajo, *de cujus hereditate agitur:* nam ſi verbi cauſa

agatur de ſucceſſione avi aut aviæ, neptis non cogetur patruis aut avunculis ſuis conferre dotem, quam accepit a matre: quia non eſt profecta ex bonis ejus parentis, cui non ſucceditur, quod *d.l.*17. requirit, *Bart.in l.illam* 19. *C.hoc tit. n.*7. *Cyn.ibid. num.*2. & poſt hos *Caſtrenſ.num.*4. *Fulgoſ. num.*3. *Roman.n.*10. *Corn.n.*24. eademque eſt ratio donationis ante nuptias.

1 Quod autem dotis aut donationis propter nuptias titulo mater ipſa aut pater accepit a matre aut patre ſuo, id nepotes & neptes, avo aut aviæ ſuccedere cupientes, patruis ſuis & avunculis conferre, ut patrem & matrem ſuam repræſentantes, debent, *l.illam* 19. *C.hoc tit. & ibi comm. DD. Gomeſ.ad l.Tauri* 29. *n.*7. Et quidem collatio hæc a nepotibus fieri debet, quamvis a ſucceſſione parentis, qui dotem aut donationem propter nuptias accepit, abſtinuerint, dummodo adſpirent ad ſucceſſionem avi vel aviæ, unde dos aut donatio propter nuptias profecta. Ita conſuluit *Molin. conſil.*25. reſpondit *Charond.*3. *reſponſ.*8. & non ſemel judicavit Curia Pariſienſis, teſtibus *Chopin.lib.*3. *de privil.ruſtic.c.*9. *Papon.lib.*21.*tit.*7.*arreſt. ult.Charond. lib.*3. *reſponſ.*55.

2 Quid ſi avus vel avia, de quorum ſucceſſione quæſtio eſt, dotem dederint vel donationem propter nuptias, non matri aut patri, ſed ipſis neptibus aut nepotibus? Ponamus Titiam deceſſiſſe, filio & filia, & ex alia filia præmortua nepote, & nepte a ſe dotata, relictis. In hac ſpecie neptem non avunculo & materteræ, ſed nepoti eidemque fratri ſuo dotem conferre oportere, reſponderunt *Fulgoſ.Roman.Salic.Angel.in d.l.illam*, *C. hoc tit.arg.l.*1. *§.ſi ſit nepos* 2. *ff.de dot. collat.* Atqui iſto in loco agitur de collatione dotis facienda a nepte filiafam. & de collatione bonorum omnium facienda a nepte emancipata, ex ratione juris veteris & reſcripto Divi Pii, quod ad neptes ratione lineæ maternæ non pertinet: niſi dicamus nunc etiam pertinere ex conſtitutione Leonis in *l.ut liberis* 17. *C.hoc tit.* & Juſtiniani in *d.l.illam*, *C.eod.* Sed magis eſt, ut totum illud jus hiſce conſtitutionibus mutatum videri debeat. Nam cum in facto proponatur dotem ab avia, cujus de hereditate agitur, profectam eſſe, atque in cauſa dotis & donationis propter nuptias, ſi illa profecta ſit ab his perſonis, de quarum familia erciſcunda agitur, ſola humanitatis & æqualitatis contemplatione collatio injungitur *dd.ll.* mallem reſpondere, etiam patruis & avunculis in ſpecie propoſita conferendum eſſe, cum *Caſtr.Corn.Alex.Dec.in d.l.illam, Purpur.ibid.n.*39. ubi hanc opinionem communem eſſe ait. Sane ſi neptis, quæ dotem accepit, ſit ſola, non etiam nepos ex eodem, tunc etiam patruo conferendum eſſe, *d.l.*1.*§.*3. *de dot. coll.* & novo jure etiam avunculis & materteris, *d.l.illam*, *C.hoc tit.* extra controverſiam eſt. Idemque eſt in cauſa donationis propter nuptias facta nepoti. Nimirum cum dos & donatio propter nuptias non ex liberalitate ſimplici, ſed magis ex officio parentum, quo facilius matrimonio liberi jungantur, proficiſcatur; atque hæc affectio ſit omnium parentum erga omnes liberos, ratio novi juris, ſeu æqualitatis contemplatio etiam hic ſuadet collationem. Fuſe & ſubtiliter de ſuperiore quæſtione in

Digitized by Google

in utramque partem diſputat *Ant. de Amatis ad l.9. C.hoc tit. num.*153. *& ſeqq.*

3 Quoniam autem hodie liberi ſine diſtinctione dotem tantum profectitiam, id eſt, ut nunc interpretamur, eam, quæ profecta eſt ab eo parente, de cujus hereditate agitur, conferre conſtat, ſupervacua nunc eſt diſputatio interpretum in *l.4.C.hoc tit.* quærentium, an & quam dotem filiæfam. conferant ſuis, an & quam emancipatis, an & quam emancipatæ ſuis, & denique an & quam emancipatæ emancipatis. Dicam tamen obiter, quid meo utique judicio hic olim obtinuerit, quo antiqui juris ratio utcunque intelligatur.

4 Certum eſt filiam cum fratribus ſuis patri ab inteſtato ſuccedentem, dotem, quam acceperat, vel promiſſam habebat, conferre debuiſſe, *l.1. & paſſim, ff.de dot.coll. l.2.l.4.C.hoc tit.* Non ſolum autem filia dotem conferre debebat, ſi emancipata erat, ſed etiamſi eſſet in ſacris patris, id eſt, in poteſtate patris morientis, *l.filiæ* 12. *C.hoc tit. d.l.1. pr.ff.de dot.collat.*

5 Emancipatam conſtat etiam dotem fratribus, qui in poteſtate manſerant, contuliſſe, quoniam hæc omnia bona iis conferre tenebatur, *l.1. ff.hoc tit. l.ſi emancipati* 9. *C.eod.* Emancipatis autem fratribus ſicut cetera bona conferre non cogebatur, ita nec dotem, & generaliter inter emancipatos ceſſabat collatio, *d.l.9.C.hoc tit.*

6 Filiafam. & ipſa dotem conferre tenebatur iis fratribus, qui in poteſtate patris & eadem familia manſerant, *l.3. in fin. l.4. l.filiæ* 12. *C.eod.* Quin & fratribus emancipatis, *d.l.4.* Nec obſtat, quod in *d.l.3. & d.l.12.* nominatim adjicitur eam conferre debere fratribus, *qui in poteſtate manſerunt, in eadem familia conſtitutis*. Nam non ideo hoc adjicitur, quod emancipatis dos nullo modo conferatur, ſed quia filiafam. fratribus in poteſtate manentibus omnem dotem etiam adventitiam conferre debuit; emancipatis autem non omnem, ſolam profectitiam, *d.l.4.* quo loco non de filia emancipata, ſed de filiafam. agitur, quæ dotem vel a patre vel aliunde accepit, & illa verba *d.l.4. profectitiam ſeu adventitiam dotem a patre datam vel conſtitutam*, quæ alias nullum idoneum ſenſum habent, ſic accipienda unt, ac ſi ſcriptum eſſet, *a patre datam, vel alias* aut *ab aliis conſtitutam*, ut utraque dos, cujus & mentio fit, his verbis comprehenſa intelligatur. Ita ferme & *Don.ad l.2.C.hoc tit. in opuſc.poſtum.* niſi quod verba *d.l.4.* modo relata, alio ſenſu donat *Cujac.3. obſ.30.*

7 Etiam illam dotem filia conferre debet, quæ illi data non eſt, ſed tantum promiſſa, *l.1. §.1.de dot.collat.* Sed quoniam promiſſam dotem filia non habet, neque per ſe, quia ei data non eſt, neque per maritum, quia marito numerata non fuit; idcirco non plus nomine dotis conferre debet, quam accepit. Nacta autem eſt actionem ejus dotis petendæ: atque hanc actionem fratribus ſuis ita conferet, ut eos pro parte ea obligatione liberet: ut ſi verbi gratia pater filiæ dotem promiſerit, & deceſſerit relictis tribus liberis, duobus maſculis & filia, hi ſuccedentes ex æquis partibus, ſucce-

Digitized by Google

dent quoque in hanc obligationem pro portionibus hereditariis, *l.2. C.de hered. act.* Proinde filia fratres ſuos pro tertia parte ſingulos ea obligatione liberabit. Idemque probandum eſt in donatione propter nuptias promiſſa tantum, non data.

8 Filius autem non tenetur conferre dotem uxoris ſuæ: nam etſi dos in bonis ſit mariti, quamdiu conſtat matrimonium, mulieris tamen manere nihilominus intelligitur, ejuſque in proprium adhuc patrimonium eſſe, propterea quod ſoluto matrimonio ad eam reverſura eſt, *l.quamvis 75.ff.de jur. dot. l.3. §.ergo 5. ff.de minor.* Imo etſi maritus morte mulieris dotem lucratus ſit, nihilominus eam præcipuam habere debet propter onera matrimonii, quæ ſuſtinuit, *l.1.§.emancipatus 20. l.3.§.quare 4. ff.hoc tit.*

9 Sed nec filius emancipatus conferre debet dotem, quam filiæ ſuæ dedit, quoniam ex bonis ejus abiit, *l.4. eod. l.1. §.ult. ff.de dot. collat.* Atque hoc quidem ita obtinet manente matrimonio, *l.pater 71. ff. de evict.* Quid vero ſi ſolutum fuerit matrimonium, & dos ad patrem reverſa? Aſſentior Accurſio in *l.dotem 6. ff. hoc tit.* pronuntianti, patrem debere dotem ad ſe reverſam fratribus ſuis conferre: quod & Cujacius probat in *l.4. ff. eod. tract.4. ad African.*

10 Hoc autem jure nunc poſito, dotem & donationem propter nuptias a quibuſcunque parentibus, de quorum ſucceſſione diſceptatur, profectam, conferendam eſſe, conſequens omnino eſt, ſi filia, quæ dotem, aut filius, qui donationem propter nuptias accepit, cum fratribus ſuis hereditatem diviſerint, & dolo conſecuti ſint, ne dotem aut donationem propter nuptias fratribus conferrent, cogendos eſſe poſtea, fratribus ſuis reſtituere id, quod amplius habent, quam habituri fuiſſent, ſi dotem aut donationem propter nuptias contuliſſent, *l.ſi ſoror 8.C.hoc tit.* & quidem officio judicis, ut poſt *Gloſſam, Cyn. Bart. Fulgoſ. Caſtr. & DD.comm.in d.l.8.* aut ut ego arbitror, condictione indebiti, *arg. l.cum putarem 36. in fin.ff.fam.erciſc.* Quod ſi is, qui collationem deſiderat, ſit in poſſeſſione rerum hereditariarum, poterit idem conſequi oppoſita doli mali exceptione, *arg. l.pater 8.ff.de dot. collat.*

11 Quid autem dicendum, ſi adhuc maritus filiæ vivat, & conſtet matrimonium, an etiam hoc caſu dotem conferre debebit? Movet quæſtionem, quod dos conſtante matrimonio eſt penes maritum, non penes filiam: videtur autem admodum iniquum cogi filiam, ut eam dotem conferat, quam ipſa non habet: aut ſi cogenda eſt conferre, videtur ſaltem hoc illi concedi debere, ut quam conferre debet, dotem a marito exigat. Et quidem filia conſtante matrimonio non poteſt dotem a marito petere, quæ jure communi demum ſoluto matrimonio exigi poteſt, *l.2. ff.ſolut. matrim. l.5. C. hoc tit.* Sed nec propter rem, quæ inter alios agitur, marito injuria fieri debet. Nihilominus tamen dotem non exactam a marito conferre debet, ut ſcilicet eo minus in partem delatæ ſibi ſucceſſionis paternæ auferat, *d.l.5.* Neque hoc iniquum eſt a filia exigi, quaſi ea dotem non habeat. Etſi enim conſtante matrimonio dos penes maritum eſt, & ita penes maritum, ut non poſ-

Digitized by Google

poſſeſſor tantum, verum etiam dominus dotis jure civili habeatur: natura tamen & revera in bonis mulieris manet; quia ad emolumentum mulieris pertinet, quicquid inde maritus percipit: percipit enim propter onera matrimonii, quæ propter emolumentum & cauſam uxoris ſuſtinentur, *l. quamvis 75. ff. de jur. dot.*

12 Sed convenientiſſimum temperamentum additum eſt in *auth. quod locum, C. hoc tit.* cujus hæc ſententia eſt, ut filia conſtante matrimonio dotem etiam non exactam a marito conferre debeat, ſi aut maritus ſolvendo ſit, aut ſiquidem non ſit ſolvendo, ſed culpa mulieris factum ſit, quominus dotem ab eo in tempore exigeret, cum ſciret eum labi facultatibus. Culpa autem in ea eſt, ſi potuit dotem exigere, & non exegit: potuit vero his rationibus; primum ſi fuit ſui juris; deinde ſi fuit quidem in poteſtate patris, ſed aut dos fuit adventitia, aut profectitia quidem, ſed pater non obſtitit, quominus exigeret; aut denique ſi dos magna fuit, cujus exigendæ etiam repugnante patre illi poteſtas ſit, *d. auth. quod locum,* ubi hoc etiam notant *DD. comm. Perez ad C. hoc tit. n.* 15. optime *Harmenop. lib.* 5. περὶ συνεισφορ.

13 Alciatus *lib.* 4. *pererg. c.* 9. tradit, *d. auth. quod locum* uſu non obſervari, ſed dotem conferendam eſſe, etiamſi culpa mariti perdita ſit: quod etiam teſtatur *Molin. in addit. ad Dec. l.* 6. *C. hoc tit.* Sed id forte moribus Galliæ: nam alibi paſſim ſervari juris communis diſpoſitionem arguunt ſcripta interpretum in *d. auth.* & teſtatur *Chriſtin. vol.* 1. *decif.* 178. *n.* 14. & *vol.* 5. *decif.* 198. *n.* 11. & 12. atque ſecundum eam judicavit Curia Neapolitana teſte *Afflict. deciſ.* 247. ubi etiam *Caſ. Urſill. in annot.* Moribus tamen noſtræ quoque Bataviæ diſpoſitio *d. auth.* non obſervatur: & Curia etiam Mechlinienſis cenſuit eam de conſuetudine non ſervari, *Chriſtin. ubi ſupra.*

Porro autem collatio dotis & donationis propter nuptias fit ſimpliciter ſine uſuris aut fructibus. Detrahuntur etiam impenſæ neceſſariæ, *l.* 1. *§. cum dos* 5. *ff. de dot. collat.* ſed de eo fuſius infra *c.* 16.

CAP. XIII.

De collatione ſumtuum præter dotem & donationem propter nuptias.

SUMMARIUM.

1 *Impenſæ præter dotem &c. in elocanda filia factæ, ſi ſtatim pereant, non conferuntur; ſecus, ſi durent & liberis ſalvæ maneant, &* n. 4.

2 *Eadem diſtinctio adhibenda in ſumtibus a patre factis ſtudiorum filii gratia.*

3 *Quando patre mortuo ſumtus continuandis ſtudiis neceſſarii ad commune onus pertineant.*

5 *To-*

Digitized by Google

5 *Toties collationi, quæ alias ceſſaret, locum eſſe, quoties citra eam nimia oriretur inæqualitas.*
6 *Fori noſtri circa hac praxis.*
7 *Quid ſi filius pecuniam ſibi ſtudiorum cauſa miſſam diſſipaverit.*
8 *Conſiderationes auctoris circa eandem quæſtionem.*
9 *In collationem non venit, quod pater pro redimendo ab hoſtibus filio ſolvit.*
10 *An & quod ſolvit pro filii delicto.*
11 *Quæ liberis data ad familiam ſuſtentandam, negotiationem &c. exercendam, certo jure conferantur.*
12 *An conferenda donatio uni ex liberis ob ſingulare meritum facta.*
13 *Datum matrimonii nobilioris perſonæ conciliandi gratia non recte eximitur collationi.*
14 *Sumtus pro filio facti dignitatis alicujus adipiſcendæ cauſa non conferuntur.*
15 *Nec facti in promotione filii ad gradum aliquem.*
16 *Militiæ verbo quid paſſim apud noſtros ſignificetur, &* n.19.
17 *Sententia* l.pen. pr. C. hoc tit. *ubi de collatione emolumenti ex militia emta ab uno percepti.*
18 *Nullæ ſunt militiæ ex caſu contra Taurellum.*
20 *Sufficit ad collationis neceſſitatem, quod acceptum eſt, aut vendi poſſe; aut ad heredes tranſmitti.*

QUæſitum eſt de reliquis ſumtibus, quos præter dotem & donationem propter nuptias liberorum cauſa parentes facere ſolent, & primum quidem de impenſis aliis præter dotem in elocanda filia fieri conſuetis.

1 Diſtinguendum videtur, an hæ impenſæ ſtatim conſumantur & liberis pereant, veluti quæ fiunt in feſtivitatem convivii nuptialis &c. an vero utilitas earum perduret, & liberis ſalvæ maneant; cujus generis ſunt, annuli, gemmæ, monilia &c. ad ornatum filiabus data; ut quæ illius generis ſunt, collationem effugiant; quæ hujus non item: quoniam dici non poteſt eas cadere in ſimplicem donationem, cum ſint appendices dotis, *l.8. C.de jur. dot.* & alias magna induceretur inæqualitas contra ſententiam & humanitatem recentiorum conſtitutionum. Sumtus autem facti in convivium nuptiale, licet & ipſi nuptiarum cauſa facti videantur, ad honorem tamen parentum, qui eos fecerunt, ſpectant; qui proinde eo animo tales ſumtus, qui & ſtatim pereunt, feciſſe intelligi non debent, ut eorum collatione liberos onerarent, *facit arg. in l.id veſtimentum 25. ff.de pecul. Bart. in l.1.§.nec caſtrenſe, l.5.ff.hoc tit.n.9. Gomeſ.ad legem Tauri 19.n.15. Gail. 2. obſ.91. n.5.* communem aſſerens, *Tulden.in Cod.hoc tit.n.10. Perez n.15.* & eadem quoque in effectu eſt ſententia *Gudelini lib.2. c.ult. Sichardi ad l.filiæ 18.n.12.C.famil.erciſc.Ant.de Amatis ad l.9.C.hoc tit.n.366.Schneid.*

in

in §.quadam actiones, Inſt.de act.n.47.ubi de act.fam.erc.

2 Similiter quæſitum eſt de ſumtibus,quos pater ſuppeditavit filio ſtudiorum gratia peregre agenti, an & illi conferri debeant. Et eadem hic videtur in re dubia adhibenda diſtinctio, quæ ſupra,ut ſcilicet, ſi quid pater erogarit in viatica,in victum & cultum filii, in mercedes & honoraria præceptorum, quorum opera filius uſus eſt, id in collationem non veniat: quoniam hi ſumtus pereunt, & jure quodam alimentorum cenſeri debent, *l.quæ pater 50. fam. erciſc.* Atque idcirco etiam æs alienum hoc nomine a patre contractum, patre mortuo commune omnium heredum onus erit, *arg. l.5. C.ad ſenat.Maced.*

3 Quinimo & ſi patre mortuo fratres in communione bonorum paternorum manſerint, ſumtus cœptis ſtudiis continuandis neceſſarios ſocietati imputandos,quaſi univerſorum bonorum contracta tacite ſocietate,quidam reſponderunt, *arg.l.ſi ſocietatem 73.§.1.ff.pro ſoc.* quod quidem admiſerim, ſi fratres conſortes poſt mortem patris bonis indiviſis, non paternis tantum, ſed etiam ceteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis aliquamdiu vixerint, nec a ſe invicem rationes unquam exegerint. At ſi tantum paternæ hereditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid geſſerit, ſibive habuerit, univerſalis ſocietas minime contracta videbitur; nec tunc hujuſmodi impenſæ ad commune omnium onus pertinebunt, cum nec lucrum omne commune ſit, per *l. cum duobus 52. §.Papinianus 6.pro ſoc.l.ex parte 39. §.3. fam. erc. l.4. C. comm.utr.jud. Schneid.ubi ſup. n.56. Ant.Fab. C.ſuo, pro ſoc. defin.3. Tulden.comm.ad Inſt.eod. c.1.*

4 Contrarii autem generis ſumtus veluti libri, inſtrumenta mathematica, tabulæ & ſphæræ geographicæ, aut ſimilia, quæ pater filio ad promovenda ejus ſtudia comparavit; quoniam horum ſumtuum utilitas perpetua eſt, legem collationis non effugient, ne alias nimis magna oriatur inæqualitas, quam leges adverſantur: ac proinde in dubio pater videri non debet voluiſſe hæc filium habere præcipua per *Nov.18. c.6.*

5 Quin etiam ad evitandam iſtiuſmodi inæqualitatem, ubi alii quoque ſtudiorum ſumtus æquo ampliores ſunt pro modo facultatum patris, collationi locum eſſe ex præſumta patris voluntate,cenſet *Tulden. ad C.hoc tit. num.11.*

6 Adeoque pro generali axiomate a DD. traditur, toties collationi, quæ alias ceſſaret, locum eſſe, quoties citra collationem nimia oriretur inter liberos inæqualitas, *arg. l.pen. in fin. C.hoc tit. Alexand. in l.ſi donatione 13.n.21.C.eod. Dec.n.42. poſt Bald.& alios, Horat.Luc.de privil.ſcholar. privil.27.n.10. ubi & plures laudat:* quando autem talis inæqualitas emerſura ſit, id judicis arbitrio committendum eſſe exiſtimat cum *Curt.Jun.in l.filiæ 12. circ.fin. C.eod. per l.quæſitum 12. §.idem reſpondit 43. verſ.ſed & ipſe Papinianus, ff.de inſtruct. vel inſtrum.leg. l.filiæ 43.de legat.3. l.2. §.2. ff.hoc tit.* Semper tamen neceſſaria alimenta, quibus filius indiguiſſet domi

re-

Digitized by Google

retentus, eximenda collationi, quia hactenus nihil amplius impenſum in eum, quam in alios, *arg. l.alimenta* 1. *C.de neg.geſt. Perez C. hoc tit. n.*12. Hæc autem omnia ita, niſi de contraria voluntate patris appareat: & multum in hac etiam re apud Practicos valet arbitrium judicis, *VVeſenb. conſil.*80.*n.*14. *p.*2.

7 Ex uſu autem fori noſtri, ut accepi, certa etiam horum ſumtuum collatio eſt, niſi pater teſtamento aut alia teſtatione voluntatis ſuæ aliter ſe velle declaraverit, propter *art.*19. *Ord.Polit.* ibi, *ofte diergelijke*, quanquam ex illis verbis hoc minime ſequitur,& forte melius eſt, ut adhibeatur diſtinctio ſuperior.

8 Quid ſi filius pecuniam ſtudiorum cauſa ſibi miſſam a patre in luxu aut alea diſſipavit? Puto conferendam eſſe: quia non ſunt impenſæ ſtudiorum, quæ ea non juverunt, ſed impediverunt, & utique etiam patris voluntas, qui aliam ob cauſam miſit, refragari videtur; cui etſi forte objici potuit, quod in mores filii minus diligenter, quam oportebat, inquiſierit, hoc tamen neque filio prodeſſe debet, nec aliis nocere, *arg. l.auxilium* 37. *in fin. de minor.* Accedit, quod ex pecunia ita profligata nec decus, nec præſidium ullum vel reſpub.vel coheredes expectant,atque ita deficiat cauſa favoris & privilegii, ita recte meo judicio *Greg. Tholoſ.*46. *ſynt.*8. *n.*7. *Tulden.ubi ſupra, n.*12.*poſt Nemauſ.quæſt.*18. *& DD.ibid.citatos.*

9 Porro collationi non ſubjicitur lytron, quod pro redimendo ab hoſtibus filio pater ſolvit: nam juſta triſtiſſimi caſus miſeratio præſumtionem inducit, pietatis ratione & animo non repetendi, id eſſe præſtitum, *arg.l.liber captus* 17. *C.de poſtlim.rev. facit arg.in l.*1.*C.de neg. geſt. Gomeſ.ad legem Tauri* 29.*n.*19. *Tulden.ubi ſup.n.*12. *Perez ad C.hoc tit.n.*12.

10 Ne id quidem collationi ſubjici, quod pro filii delicto pater exſolvit, vult *Gomeſ. ad d.l.Tauri* 29. *n.*20. quaſi & illud pietatis cauſa patrem feciſſe interpretari debeamus; quod vix eſt, ut probare poſſim. Nam odium delicti nec præſumtionem pietatis admittit, ut magis ex neceſſitate, in qua nemo liberalis eſt, id a patre factum intelligi debeat, nec interpretationem honoris, quaſi donare filio voluerit, idque eum præcipuum habere, *Perez & Tulden. ubi ſupra, Gilken. in auth.quod locum, n.*16. *& ſeqq. C.hoc tit. Vaſq.de ſucceſſ.reſol.lib.*2.*§.*19.*n.*41.*& lib.*3.*de ſucceſſ.creat.§.*30. *n.*220. *& ſeqq.*

11 Non eſt autem dubitandum, quin collationi obnoxia ſint & ea,quæ liberis data ſunt ad ſuſtentandam familiam, ad negotiationem, aut artificium opificiumve aliquod commodius exercendum: nam talis donatio ſimplex non eſt, ſed quodammodo neceſſitate cogente fit; quam ob cauſam nec revocari poteſt, dotique & donationi propter nuptias ſimillima eſt. De tali autem donatione accipienda ſunt verba Leonis in ſine *l.ut liberis* 17. *C.hoc tit.* congruit *art.*29. *Ordin. Polit.* & quidem nulla eſt hac de re controverſia.

12 De illo vero quæſitum eſt, an quod pater uni ex liberis ob bene-

me-

merita remunerationis gratia dedit, non propter operas obſequiales, quæ remunerationem non merentur, ſed puta propter ſingularis cujuſdam pietatis officia, aut quia filius patrem eripuerit e manibus hoſtium, &c. collationi ſubjici oporteat? Et magis eſt, ut ſubjici non debeat; quoniam hoc caſu filius, non ut filius, meruiſſe donationem videtur, ſed ut quilibet extraneus. Nemo autem dixerit extraneos collationis munere fungi oportere, *fac.l.10. C.hoc tit.* ibi *extero jure*, id eſt, jure extraneorum. Præterea quod ita pater ob inſignia in ſe merita filium remunerando donavit, non tam peculio profectitio adſcribendum videtur, quam adventitio, tanquam partum præcipua quadam induſtria atque opera filii, *arg.l.cum oportet 6. pr. C.de bon. quæ lib.* in verb. *quæ ex liberalitate fortunæ vel laboribus ſuis ad eum pervenerunt*. Et quid vero? ſi ſimplex donatio conferenda non eſt, quanto minus conferenda erit, cui etiam cauſam dedit eximium aliquod filii in patrem meritum? conſulantur *Menoch.quæſt.1.n.3. Gomeſ. ubi ſup. n.23. & ad l.Tauri 29.n.23. Chaſſan. ad conſuet. Burgund.tit. de ſucceſſ. rubr.7.§.5. n.47.& ſeqq. Sichard.in auth.ex teſtamento n.15.C.hoc tit. Greg.Tholoſ.46.ſyntagm.8.n.13.Ant.Fab.C.ſuo hoc tit. defin.4.Decher.2. diſſ.6. n.4. Gilken.in l.ſi donatione 13. C.hoc tit.* ubi etiam occurrit argumentis, quibus *Menoch.lib.3.præſumt.29.n.11.*in contrarium movetur: nec ſunt ea tanti momenti, quin vel ab eo, qui mediocriter duntaxat in hac materia verſatus ſit, refelli queant.

13 Non recte autem collationi eximunt nonnulli, quod uni liberorum donatum eſt ad conciliandum alicujus perſonæ nobilioris matrimonium, ſine quo alias id obtineri non potuiſſet. Nam cum id a conditione dotis aut donationis propter nuptias ſeparari non debeat, utique etiam collationi ſubjiciendum eſt, *arg. l.ut liberis 17. C.hoc tit. D.Tulden.ibid.num.9.Vall. conſ.44.& 70.lib.4.* Recedit ab hac ſententia *Fachinæus lib.5.contr.82.cum Cravett. conſ.85. Jo. Pet. Surd. conſ.143.* ſed parum conſiderate meo quidem judicio. Nemo enim mortalium negare auſit, quin hujuſmodi donatio quam ſimillima ſit doti & donationi propter nuptias, & tantum non idem, quod illæ. Contendit Fachinæus ideo conferendam non eſſe, quia non deſcendit ex neceſſitate obligationis, ſicut dos & donatio propter nuptias. Atqui multa liberis ob aliam cauſam donari ſolent citra donandi neceſſitatem, quæ nihilominus ſunt conferenda; qualia ſunt, quæ iis dantur, ut negotiationem, aut opificium aliquod commodius exercere queant; ſufficit enim ad onus collationis, non ſimpliciter, ſed ob cauſam donata eſſe. Quid quod nec dotis datio, nec donatio propter nuptias ſemper adjunctam habent dandi neceſſitatem: nam nec pater filiam locupletem aut emancipatam, *per l.5. §.ſed ſi fil.7. ff.de agnoſc.lib.l.5. §.Papinianus 12.l.ſi res 51. ff.de jur.dot.* nec mater aut avus maternus liberos dotare coguntur, *l.neque mater 14.C.eod.* & tamen ſi pro his dotem dederint, nemo dubitat, quin dos hoc caſu conferenda ſit. Denique & hæc quoque donatio ex neceſſitate aliqua proficiſcitur, non quidem abſoluta & præciſa, ſed ea tamen, quam Dialectici ap-

 pellant

pellant neceſſitatem conſequentiæ, *Cicero lib.2. de invent.* neceſſitatem cum adjectione.

14 Si quid a patre datum vel promiſſum ſit filio honoris vel dignitatis alicujus adipiſcendæ gratia, id æquum eſt filium habere præcipuum, nec in collationem venire, ſcilicet propter onera dignitati cohærentia, quæ ipſe filius ſuſtinere cogitur, *l.1. §.ſed an id 16. ff.hoc tit. & ibi Gloß. & Bart. Cujac.3. obſ.30. fac.l.filia 20. §.idem ſcribit 6. ff.fam.erciſ.l.ex parte 39.§.3. eod. l.Lucius 21. §.3. ad municip.* Græci οὐ συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς οἱ ἀξιωματικοί.

15 Quo argumento etiam recte defenditur, nec ſumtus, quos pater fecit in promotione filii ad gradum Doctoratus aut licentiæ, conferendos eſſe: quia & hæc dignitas adjunctum onus habet, nec quicquam inde commodi ad ſucceſſores filio mortuo tranſmittitur: & præterea annulus, toga, & ſi quid ſimile filio datum, id inſtar eſt caſtrenſis peculii: de quo uberius ſupra *c.10.* Non eſt contrarium, ſed longe diverſum, quod Juſtinianus *l.pen.pr. C.hoc tit.* etiam ea conferri jubet & in quartam imputari, quæ occaſione militiæ, ex pecunia defuncti patris comparatæ, lucratus eſt is, qui militiam meruit. Nam ſeparanda hic eſt militia a dignitate.

16 Militia apud Juſtinianum & paſſim apud noſtros ſignificat functionem quandam ordinarios & certos reditus e publico habentem, ex qua lucrum quæſitum nec caſtrenſis, nec quaſi caſtrenſis peculii loco eſt: cujuſmodi functio eorum fuit, qui a memoria, a libellis, ab epiſtolis erant, & reliquorum officialium ſacrorum ſcriniorum, *l.ſi quis 11. C.de proxim. ſacr. ſcrin. lib.12.* Qui uno verbo appellantur ſtatuti, quia eorum numerus certus ſtatutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *l.unicuique 7. & d.l.11. C.de prox.ſacr.ſcrin.* Atque hujuſmodi officia etiam vendi pleraque poterant, mortuoque militante, ex communi ſcholæ placito, certam ſummam heredibus ejus aut uxori, pro ſolatio militiæ amiſſæ, præſtabat is, qui ſurrogabatur, *l.ult.C.de pign. l.omnimodo 30. §.2. C.de inoff. teſt. d.l.7. & d.l.11. C.de prox.ſacr.ſcrin.* quod commodum caſus militiæ & ſimpliciter ex caſu appellatur, *d.l.ult.C.de pign. Nov.53. cap.5.*

17 Hoc igitur vult Juſtinianus *d.l.pen.C.hoc tit.* conferendum eſſe lucrum, quod ex hujuſmodi militia vendibili & propter caſum quodammodo tranſmiſſibili, ubi heredum ex pecuniis defuncti acquiſita, tempore mortis defuncti percipi potuit, deductis videlicet impenſis, ut bene *Alex. & Jaſ. fac.d.l.omnimodo 30. §.2. C.de inoff. teſt.*

18 Scripſit de militiis ex caſu Lælius Taurellus, ſed ſententia ejus, quod credidit eſſe aliquas militias ex caſu, *arg.d.l.ult.C.de pign.* merito diſplicet Cujacio ad *d.Nov.53.* Nulla enim eſt militia ex caſu: neque de militia in *d.l.ult.* agitur, ſed de iis, quæ dantur ex caſu ſive propter caſum militiæ, id eſt, ex eo, quod militia caduca facta eſt morte militantis, ſeu, ut loquitur Anaſtaſius in *d.l.11. C.de proxim.ſacr.ſcrin.* ex eo, quod militantis morte militia vacavit: qui caſus recte dicitur, quemadmodum deficiente

ciente herede aut legatario, hereditates & legata caduca appellamus. Res ipſa loquitur non poſſideri militiam ex caſu, niſi ideo, quia ex caſu obtinea tur, nempe vel morte alterius, vel emtione. Hoc autem ſenſu omnes militiæ ex caſu dici poſſunt, atque adeo omnia jura rerum noſtrarum.

19 Quidam inter quos & *Gilken.in auth.ex teſtamento, C.hoc tit. n.61.* putaverunt militiæ nomine ſignificari commoda & ſalaria, quæ percipiuntur ex publico: ſed falſo: nam ipſa functio, propter quam commoda illa capiuntur, appellatur militia, ut patet ex *l.Lucius 22.de legat.2. l.his verbis, ult.alias pen.§.3. de legat.3. l.creditor, §.2. ff.de act.emt. l.omnimodo* 30. *§.ult.C.de inoff.teſt. cum ſimilib.* Sed hæc obiter & tanquam ἐν παρέργῳ.

20 Sufficit autem ad collationis neceſſitatem, rem, quæ data eſt, aut vendi poſſe, aut ad heredes tranſmitti. Itaque conferendum erit lucrum militiæ, a patre uni ex liberis emtæ, dummodo vendi poſſit, licet ad heredes non tranſiret. Et ex contrario conferenda eſt res a patre emta, modo ad heredem tranſeat, licet vendi nequeat, quale eſt feudum; cujus proinde æſtimatio conferri debebit, per *text. in l.omnimodo 30. §.2. C.de inoff teſt. Nemauſ.quæſt.28. Coſtal.ad l.quæ pater 50. ff.fam.erc.poſt Bart. ad l.1.§.nec caſtrenſe, n.6. ff.hoc tit. Menoch. conſ.919. Tulden. in C.hoc tit.n.12.*

CAP. XIV.

De collatione lucri, quod filii induſtria partum, licet ex re patris; item eorum, quæ relicta per ſpeciem ultimæ voluntatis.

SUMMARIUM.

1 *Lucri induſtria filii parti, quamvis ex re patris, dimidium communicandum, reliquum aſſignandum filio.*
2 *Confirmatio hujus ſententiæ adverſus eos, qui totum conferri volunt.*
3 *Adverſus eos, qui totum tribuunt filio.*
4 *Ea ſola in collationem veniunt, quæ tempore mortis parentum jam quæſita ſunt conferenti.*
5 *Legata, fideicommiſſa, & mortis cauſa donationes non ſubjici collationi.*
6 *Sententia* l.pen. pr. C.hoc tit.
7 *An legatum filio relictum cum pater morietur, contributioni obnoxium.*

DE iis, quæ filius labore ſuo atque induſtria lucratus eſt, non convenit inter juris interpretes, conferri hæc oporteat, nec ne. Negat ſimpliciter *Nemauſ.quæſt.27.* & ab eo laudati *Imol.& Alexand.* contra *Ant.Faber dec.41. err. cum Gloſſ. in l.cum oportet 6.pr. C. de bon.quæ lib.* ſimpliciter affirmat.

 1 Bar-

1 Bartolus autem in *d.l.6.* mediam ſententiam ſequitur, dimidium lucri filio aſſignans, tanquam adventitium quid, alterum dimidium communicandum relinquens heredibus: cui ſententiæ ſubſcribit etiam *Gilken ad l.pen.n.*10.*& ſeqq.C.hoc tit.poſt Angel.Roman.Caſtr.& alios,quos ibid.refert & probat*; placetque eadem ſententia *Bachovio ad Treutl. diſp. de collat. theſ.6. Fachin.*5. *contr.*83. *Vaſq. lib.*2.*de ſucceſſ.reſol.* §.19.*n.*46. *Graſſ.lib.*2. *rec. ſent. quæſt.*8. *Chaſſan. ad conſuet. Burgund. tit.des ſucceſſ. rubr.*7. §.5. *n.*52. & rationem habet. Etenim conſideratio proportionis, quæ eſſe debet inter pecuniam & operam (utriuſque enim ratio habenda eſt) poſtulat omnino, ut nec totum filio tribuatur, quod ex pecunia patris lucrum factum eſt, & pater ipſe facere potuiſſet; nec totum patri, qui nullam operam contulit, *arg. l.6. pr. C.de bon. quæ lib.* ubi pro adventitio habetur, quod filius ſuis laboribus acquiſivit: quod minus commode reſtrinxeris ad talem caſum, quo nulla pecunia patris intervenit.

2 Quod vero ibidem ait Juſtinianus profectitium eſſe, quicquid ex re & ſubſtantia patris provenit, id intelligendum omnino eſt de rebus ipſis, quas pater dedit, vel quæ recta & quaſi immediate ex iis proveniunt. Argumentatio autem Fabri a fructuario & proprietario, item a domino & bonæ fidei poſſeſſore ſervi, ad patrem & filium non procedit: alioquin etiam quicquid filius ex laboribus ſuis, licet non interveniente pecunia patris, acquireret, id totum acquireret patri, contra *d.l.cum oportet, C.de bon.quæ lib.* quod & *Bald.* jam olim in *ead.l.* animadvertit. Denique nec ponimus jus ſocietatis inter patrem & filium, ſed ἀναλογόντι, propter operam & induſtriam filii: nec intelligimus operam qualem qualem, aut ſimplex filii factum, veluti ſi pecuniam patris fœnore locaverit, quod etiam ipſe pater veroſimiliter facturus fuiſſet; ſed operam certam, & talem, quæ lucrum illud quaſi ex ſe producat & pariat. Sunt qui totam hanc rem judicis arbitrio committendam exiſtimant, ut *Bald.in d.l.cum oportet, Alex.in d.l.pen. n.*10. quæ ſententia vi ipſa eadem eſt cum ſuperiore, *add.*ſpecies,de quibus *Joan.a Sande deciſ.Friſic.*2. *tit.*7. *defin.*3.

3 Porro prima ſententia etiam minus coloris habet: & inepte quidam ita differunt: Rationis eſt, ut ejus quoque ſit lucrum, cujus eſt periculum: at ſi filius, cui pater negotiationis exercendæ gratia peculium dedit, rem patris decoxerit, dolove malo perdiderit, ejus eſt periculum & conferre tenetur, *l.*1. §.*pen. l.*2. §.2. *ff.hoc tit.* Nam aliud eſt decoquere, aliud periculum ſuſtinere: & diſputamus hic de filio negotiante, non de rem patris per luxum diſſipante. Si negotium bona fide ſuſceptum ex voto non ſucceſſerit, aut ſi quid ſine culpa filii perierit, id detrimentum ad filium pertinere nemo, opinor, dixerit.

4 Ea autem ſola in collationem veniunt, quæ tempore mortis ejus de cujus ſucceſſione agitur, jam quæſita ſunt conferenti: in poſt quæſitis ratio collationis tam novo, quam veteri jure ceſſat, *l.*1. §.*ſi ab ipſo* 19. *d.l.*2. §.2. *l.pen. cum Gloſſ. ff. hoc tit. l.6. l.ſi donatione* 13. *& l. nec emancipati* 15. *C. eod.*

Digitized by Google

*eod.*Interpres Græcus, *οἱ αὐτεξούσιοι παῖδες ἐκεῖνα συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς, ὅσα εἶχον ἐν καιρῷ τῆς τελευτῆς τοῦ ἰδίου πατρὸς. εἰ τι δὲ μὲν ταῦτα ἐπεκτήσαντο, οὐ συνεισφέρουσι*, id eſt, *ea demum emancipati filii fratribus ſuis conferunt, quæ eo tempore habebant, quo pater fato conceſſit. Si quid vero poſtea quæſierint, id nequaquam conferunt.*

5 Et igitur collationi ſubjecta non erunt legata & fideicommiſſa a patre relicta, quoniam demum poſt ejus mortem acquiruntur, *l.a patre* 10. *l.filiæ* 12.*l.filiam* 16. *C.hoc tit. Gloſſ.Cyn. Bart. Caſtr.in l.pen.C.eod.* & alii ibid. relati & probati a *Gilken. Perez ad C. hoc tit. n.*14. Ac proinde ob eandem rationem nec donatio mortis cauſa conferri debebit, *Nemauſ.quæſt. c.6.* Ceterum negotium faceſſit *l.pen. C.hoc.tit.* ubi Juſtinianus generaliter definit, ea conferenda eſſe, quæ imputantur in legitimam. Atqui conſtat legata & fideicommiſſa, item mortis cauſa donationes in legitimam imputari, *l.ſi quando* 35.*§.*2. *C.de inoff.teſt. l.ſi non mortis* 25. *pr. ff.eod. §.*3.*& ult. Inſt.eod.*

6 Reſpondendum eſt, non eam fuiſſe mentem Juſtiniani, ut ea etiam, quæ poſt obitum parentis demum acquiruntur, qualia ſunt legata, fideicommiſſa, & mortis cauſa donationes, conferri voluerit contra formam conſtitutionum priorum, quamvis & ipſa ſubjiciantur imputationi; ſed ea omnia, quorum commodum vivis parentibus ex ſubſtantia eorum ad liberos pervenit, ita ut condito teſtamento ad illud ſuſtinendum imputarentur in legitimam: qualia ſunt dos & donatio propter nuptias, *l.quoniam* 29. *C.de inoff.teſt.* res inter vivos donatæ ea lege, ut in quartam imputentur, *d.l.ſi non mortis* 25. *pr. ff.eod.d.l.ſi quando* 35. *§.*2. *C.eod. l.pen.§.*1. *C.hoc tit.* quæ dari ſolent liberis, ut ſe exhibeant, & familiam ſuſtentent, negotiationem exerceant &c. per *l.ut liberis in fin.C.hoc tit.* lucrum, quod occaſione militiæ ex defuncti pecuniis quæſitæ ad unum ex liberis pervenire potuit, quo tempore parens moritur, *l.omnimodo* 30. *§.*2. *C.de inoff.teſt. d.l.pen. pr. hoc tit.* & ſi qua ſunt ſimilia, quorum commodum liberis vivo adhuc patre quæritur. Denique de legatis, quæ teſtamento relinquuntur, conferendis, Juſtinianum non ſenſiſſe, vel ex eo intelligi poteſt, quia loquitur de ſucceſſione ab inteſtato.

7 Cum igitur ea ſola conferenda ſint, quæ moriente patre conferens in bonis habuit, non quæ demum poſt mortem patris ei obvenerunt, quæſitum eſt, ſi quis emancipato filio extranei ita legaverit, *cum morietur pater*, quid de ſpecie hujuſmodi dicendum ſit. Et ſiquidem hoc legatum ſic interpretari oporteret, ac ſi poſt mortem patris relictum eſſet, haud dubie in collationem non veniret, *l.pen. ff.hoc tit.l.*15.*C.eod.* Sed quoniam placuit moriendi momentum vitæ attribui, propterea credo quod viventes morimur, & mors ſi non ſemel tota eſt, non eſt, *§.poſt mortem* 35. *Inſt. de legat.* ideo legatum in tempus mortis paternæ collatum, non poſt mortem patris demum, ſed moriente patre manenteque adhuc vita filium habuiſſe interpretamur: ac proinde recte reſponſum ab Ulpiano eſt, legatum ad eum modum

re-

relictum conferri debere, *l.* 1. *§.ſi emancipato* 18. *ff.hoc tit.* Quid igitur eſt, quod idem Juriſconſultus in *d.l.* 1. *§.ſi ab ipſo* 19. ſcribit, patre herede inſtituto & ab eo fideicommiſſo relicto filio emancipato, cum ipſe pater morietur, id fideicommiſſum, quaſi poſt mortem patris acceptum, a filio non conferri? Reſpondeo cum Cujacio id referendum eſſe ad jus antiquum fideicommiſſorum, quæ cum valerent ex mera nudaque voluntate defuncti, & utiliter poſt mortem quoque heredis relinquerentur, *Vlpian. fragm.de fideic.* §.6. *l.5.* §.1. *de leg.3.* in eis ſervatam non fuiſſe ſubtilem illam verborum differentiam; atque illa verba, *cum morietur heres*, ſic accepta, ac ſi apertiſſime poſt mortem heredis fideicommiſſum relictum fuiſſet, *Cujac.3. obſ.34. fac. l.11. §.ſi filio* 10. *de legat.3.*

CAP. XV.

De collatione ſimplicis donationis.

SUMMARIUM.

1 *Donatio ſimplex regulariter non confertur.*
2 *Duobus duntaxat caſibus donationem ſimplicem conferri, & quibus.*
3 *Non confertur facta filio in poteſtate conſtituto.*
4 *Donatio ſimplex facta filio in poteſtate & veteri jure & novo morte patris convaleſcit.*
5 *Novo jure ſic convaleſcit, ut etiam retrotrahatur.*
6 *Objectiones quædam hominum male feriatorum.*
7 *Harum objectionum ſolutio.*
8 *Explicatio* l.13. C.hoc tit. *miſſa emendatione Fabri & Facbinei, &* n.9.
10 *Verbo donationis in perſona patris interdum ſignificari dationem in peculium, atque hoc in dubio præſumi, niſi alio trahant conjecturæ.*
11 *Filium emancipatum non conferre donationem ſimplicem a patre acceptum fratri itidem emancipato.*
12 *Argumenta quibus ſtabilitur ſententia eorum, qui donationem ſimplicem conferri volunt fratri in poteſtate retento.*
13 *Aſſeritur ſententia contraria, conferendum ſc. non eſſe.*
14 *Solutio ſuperiorum argumentorum.*
15 *Concluditur generaliter, donationem ſimplicem a nemine liberorum nemini e liberis conferri, duobus caſibus exceptis.*
16 *Apud Zelandos, Burgundiones, & in pleraque Gallia, etiam donationis ſimplicis a liberis fieri collationem.*

NIhil minus expeditum in hac diſputatione eſt, quam quid dicendum ſit de collatione donationis ſimplicis, an & ipſa & quando in collationem veniat.

1 Ego

1 Ego ſic ſentio, donationem ſimplicem in liberos a parentibus factam in diviſione hereditatis paternæ regulariter non conferri, ſed præcipuam ſive propriam retineri ab eo, cui facta eſt; dummodo conſtet patrem, qui filio in poteſtate quid tradidit, id ei non in peculium conceſſiſſe, ſed ſimpliciter donare voluiſſe.

2 Hujus autem rei luculentum argumentum eſt in *l.pen.§.1.C.hoc tit.* ubi Juſtinianus duos tantum caſus excipit, quibus placet donationem etiam ſimplicem conferri. 1. ſi donator hanc legem tempore donationis ſuæ liberalitati dixerit. 2. ſi alter e liberis donationem propter nuptias vel dotem teneatur conferre; propterea quod tunc parens præſumitur compenſationis cujuſdam vice, ut par eſſet liberorum cauſa, in filium filiamve, qui donationem propter nuptias vel dotem non accepit, donationem ſimplicem contuliſſe. His itaque caſibus, qui ſingulares ſunt, exceptis, donatio ſimplex non conferetur. Et admittunt hoc plerique, ſi donatio facta ſit a matre avove materno; ſed dubitant, an idem ſit dicendum, ſi ea facta ſit a patre filio, ſive in poteſtate conſtituto, ſive emancipato; quoniam priore caſu donatio non valet propter jus poteſtatis; poſteriore autem caſu conferenda videtur, per *l.ut liberis* 17. *in fin. C.hoc tit. l.*1. *ff. eod.* At illi animadvertere debuerant, *text.in d.l.pen.* §.1. indiſtincte loqui, & initio *d.§.*1. expreſſim mentionem fieri dotis vel donationis propter nuptias a patre, matre, vel aliis parentibus acceptæ.

3 Sed operæ eſt, rem totam paulo diligentius excutere. Conſtat ex *l.2. C.de inoff. donat.* quæ Valeriani & Gallieni eſt, jure quoque veteri donatum a patre etiam liberis in poteſtate exiſtentibus, præcipuum officio arbitri familiæ erciſcundæ liberis adjudicatum fuiſſe, nec in communem veniſſe hereditatem: quod & ipſum quoque Impp. Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt. *l. filiæ* 18. *C. fam. erciſc.* & confirmat locus Pauli *lib.5.ſent.*11. ubi ſcribit, ſi pater filiofam. aliquid donaverit, & in ea voluntate perſeveraverit, morte patris convaleſcere donationem. Hoc autem poſito neceſſario ſequitur, donationem ſimplicem nec filio in poteſtate conſtituto factam conferri oportere: quoniam quod præcipuum retinetur, id utique ad communionem non revocatur, id eſt, non confertur: cur enim ita cum poſteriori ævo non loquamur, contemto cenſorio Antonii Fabri *dec.*40. ſupercilio?

4 Quod vero vivo patre inutilis ſit donatio, ex eo non recte colligas, conferendam eſſe, ſed potius contrarium, quia poſt mortem patris utilis eſſe incipit; nam & olim morte patris ſic convaleſcebat, ut arbitrio judicis familiæ erciſcundæ præcipua adjudicaretur iis, quibus facta erat, & hodie etiam ſine tali adminiculo convaleſcit rataque habetur ſolo patris ſilentio, *l. donationes* 25. *C.de donat. int.vir.& ux.* Abſurdiſſimum autem eſt dicere, donationem poſt mortem patris convaleſcere ratamque haberi, & tamen conferendam eſſe: quod vi ipſa nihil aliud eſt, quam ſi dicas eodem tempore & ratam haberi & irritam.

5 Quam-

5 Quamvis autem donatio ſimplex morte patris ita nunc confirmetur, ut retrotrahatur ad id tempus, quo facta eſt; tamen quia non confirmatur niſi morte, in eo naturam adhuc retinet ultimarum voluntatum, quarum hoc proprium eſt, ut non veniant in collationem: ſed & ratio, quæ collationem impedit, adhuc durat, nimirum voluntas patris volentis id, quod donavit, filium habere jure præcipui, *Ant. Fab. dec.*40. *err.*3. *Perez C.hoc tit. n.*17.

6 Sed nonnulli ſic inſtant: Quæ imputantur in quartam, eadem & conferuntur, *l.pen. pr. C.hoc tit.* Atqui donatio ſimplex a patre facta filiofam. imputatur &c. Rationem aſſumtionis hanc afferunt, quia hæc donatio in liberis habenda ſit pro donatione mortis cauſa: quæ autem donatio pro mortis cauſa donatione eſt, ea in quartam imputatur, veluti donatio inter virum & uxorem, *arg.l.cum hic ſtatus* 22. §.1. *ff.de don.int.vir.& ux.junct. l.ubi ita* 27. *ff.de mort.ca.donat.* Donationis autem factæ liberis in poteſtate, & illius inter virum & uxorem eadem plane videtur eſſe ratio, maxime poſt *d.l.*25. *C.de don. int. vir. & ux.*

7 Reſpondeo, tot hic ſunt peccata, quot propoſitiones & aſſumtiones. Nam primum illa principalis propoſitio, *Quæ imputantur in quartam* &c. non eſt univerſalis, ut oſtendi *cap.præced.* exemplo legatorum & fideicommiſſorum, quæ in quartam imputantur, nec tamen conferuntur. Secundo falſa eſt illa aſſumtio, quod donatio ſimplex liberis imputetur in quartam, *l.ſi non mortis* 25. *ff.de inoff.teſt. l.ſi quando* 35. §.1. *&* 2. *C.eod.* Tertio falſa eſt & ratio aſſumtionis, quod hæc donatio ratione imputationis pro donatione mortis cauſa ſit habenda. Quin & poſito eo, quod hac in re cum donatione mortis gratia comparanda ſit, vel ex hoc ſolo efficitur, non eſſe conferendam: quoniam mortis cauſa donatio, licet & ipſa in quartam imputetur, in collationem tamen non venit, ut item ex iis, quæ *cap.præc.* liquet. Poſtremo & utrumque illud falſum eſt, quod hæc donatio plane ſimilis ſit donationi inter virum & uxorem, & quod donatio inter conjuges ſimpliciter comparanda ſit cum donatione mortis cauſa. Sed piget hujusmodi ineptiarum.

8 Illud aliquid momenti in contrarium habet, quod ſcriptum eſt in *l.ſi donatione*, *C.hoc tit.* filiamfam. contra jura poſtulare, ut fundum ſibi a patre donatum præcipuum habeat. Ad hunc obicem removendum Fachinæus 5. *contr.*80. utitur remedio violento, pro, *ſi is filiæfamilias conſtitutæ tibi*, ut habent omnes codices in *d.l.*13. reponens, *filiæfam.non conſtitutæ.* Sed præterquam quod veteres nunquam hac circumlocutione utuntur, ut dicant, *filiusfam. non conſtitutus*, pro *emancipatus*, etiam illa phraſis, *præcipuum habere*, quæ de liberis in poteſtate exiſtentibus fere uſurpari ſolet, iſtam emendationem reſpuit. Sed & ea admiſſa etiam hoc admittendum, donationem ſimplicem a liberis emancipatis conferri oportere: quod etiam Fachinæus tanquam verum & certum ponit; ſed falſum eſſe paulo poſt demonſtratum ibimus. Antonius Faber *d. dec.*40. *err.*1. ut hunc ſcopulum

evi-

evitet, aliter *text. d.l.*13. corrigendum putat, & pro verbis, *a patre donatus*, vel ſubſtitui,*a matre*: aut illud, *a patre*, deleri jubet, tanquam mali interpretis notam.

9 Sed videamus, an non commoda aliqua conciliatio afferri poſſit citra emendatrices manus. Quid enim ſi cum *Duar. ad C. hoc tit. c.2. Perez n.*17. *Albir.de Roſat.in d.l.*13.*n.*1. & aliis quibuſdam veterum, dicamus intereſſe, utrum pater eo animo quid filio donaverit, ut id totum filii proprium eſſet, atque in ea voluntate perſeveraverit; an vero non ut ejus fiat proprium, ſed ut ſit apud filium, tanquam res peculiaris, & quaſi peculii loco: ac priori caſu quod donatum eſt, non conferri, ſecundum *l.*18.*C.fam. erc. l.*2. *C.de inoff.donat.* poſteriori caſu conferri,ſive quod effectu idem eſt, in diviſionem hereditates venire: ac de tali caſu *d.l.*13. *C.hoc tit.* intelligendam eſſe? Equidem mihi hæc conciliatio minime inepta videtur: quamvis enim in *d.l.*13. nulla fiat hujus diſtinctionis mentio,tamen non eſt novum, ut ex una lege alteram interpretemur, maxime cum utraque eundem auctorem habet, ut *d.l.*18. & *d.l.*13. quæ utraque eorundem eſt Impp. Diocletiani & Maximiani. Eſtque æquiſſima hujus diſtinctionis ratio, quoniam in donationibus hujuſmodi ſpectanda maxime eſt voluntas patris, voluerit ne quod donatum eſt ad communionem revocari, an præcipuum haberi, id eſt, conferri, aut non conferri. Quod igitur in peculium filio datum eſt, id conferendum erit; quia non eo animo datum eſt, ut id filius præciperet: ſecus ſi donata filio proprietas, ob contrariam voluntatem.

10 Movere neminem debet, quod in *d.l.*13.proponitur ſimpliciter, fundum a patre donatum eſſe, nulla mentione facta peculii: nam apud noſtros non eſt inuſitata etiam ſimplex verbi *donare* uſurpatio, pro *in peculium dare*: ita enim donandi verbum uſurpatur in *l.donationes* 31. §.1. & 2. *de donat. l. per ſervum* 37. §. 1. *l.quod fructuario* 49. *de acq.rer. dom.* Accedit, quod jus patris impediens, quo minus donatio ab initio conſiſtat, præſumtionem inducit potius conceſſionem quandam in peculium factam eſſe, quam ſimplicem donationem, utique niſi ex conjecturis & circumſtantiis appareat, voluiſſe patrem, quod dedit, filii proprium eſſe: veluti in ſpecie *l.filiæ* 18. *C.fam.erc.* ubi proponitur pater nomine filiæ rem comparaſſe, eique poſtea tradidiſſe,quod non feciſſet,niſi eam rem penes filiam remanere voluiſſet. Neque enim hæc facta per omnia ſunt paria, rem, quam jam habes, filio tradere aut dare; & rem aliquam, quam non habes, nomine filii prius emere, emtamque deinde donationis cauſa tradere, ubi duplex factum intervenit, ex quo enixior ſimpliciter donandi voluntas colligitur. Atque ut concedam *Cujacio* 3.*obſ.*30. *Fabro d.dec.*40.*err.*1. nihil inter iſta intereſſe in aliis perſonis; in patre tamen & filio diſtinctio hæc momentum habet, ubi alias datio in peculium præſumi poſſet, *fac.l.*2. & 3. *C. ſi quis alt. vel ſib.* fortaſſis in hujuſmodi negotio & rei qualitas, ſeu valor & æſtimatio conſideranda, ut in modica præſumatur donatio, in magna potius in peculium conceſſio, veluti in ſpecie *d.l.*13. ubi de fundo agitur: quod conſideravit

ſideravit *Salic.in d.l.*18. *C.fam. erc. n.*12. Atque hæc ſententia, quod nec filii ſui heredes donationem ſimplicem conferre teneantur, etiam interpretum noſtrorum communis eſt, *Nemauſ.quæſt.*1.*Saport.n.*93.*& ſeqq.Vaſq.*2. *de ſucceſſ.reſol.§.*19. *n.*60.*Sichard. auth.ex teſtamento, n.*5.*& ſeq.ad C.hoc tit. Gilken.ibid.n.*8.*& ſeq.* & hoc vi ipſa etiam fatetur *Ant.Fab. decad.*40. *error.*1. *& paſſ.* dum quod ita ſimpliciter filiofam.a patre donatum eſt, ait in diviſione hereditatis præcipuum filio adjudicari, licet neget conferri, propriam hujus verbi ſignificationem præfracte urgens.

11 Non minor quæſtio eſt, an conferenda ſit donatio ſimplex facta filio emancipato: non tamen tam, an a fratre emancipato, cui facta eſt, conferenda ſit fratri, itidem emancipato, quod fere omnes negant; & vix de eo juſta eſt dubitandi cauſa, ſive de jure veteri quæratur, quo inter emancipatos collatio non erat, *l.9. C.hoc tit.* ſive de novo, propter *l.pen. §.*1. *C.eod.* ſed an conferenda ſit fratri in poteſtate patria retento, quod plerique affirmant, *Alber.de Roſat. in auth. ex teſtam.n.*2. *C.hoc tit. Nemauſ. quæſt.*1. *n.*4. *Saport.*102. *Facbin.*5.*contr.*80.*Gilken.ad l.pen.C.hoc tit.n.*28. pluresque alii ab his citati, *Ant.Fab. dec.*40. *err.*2.

12 Firmamenta hujus ſententiæ præcipua, quæ afferunt, ſunt hæc. 1.Quod olim emancipati fratribus ſuis in poteſtate retentis omnia conferebant, *l.*1.*ff.hoc tit.* neque hoc mutatum legimus. 2. Argumentum ducunt ex *l.ut liberis* 17.*in fin.C.eod.* ubi liberis emancipatis pro tenore præcedentium legum injungitur collatio eorum, quæ in ipſa emancipatione vel poſtea a parentibus ſuis conſequuntur.quæ definitio cum generalis ſit,utique etiam ſimplicem donationem complectatur. 3.Proferunt *Nov.*18. *c.*6. ubi Juſtinianus vult ſervari inter liberos æqualitatem,urgentque ſimul illa Imperatoris verba, *res præter dotem forte, aut alio modo datas,* quaſi his etiam ſignificetur donatio ſimplex.

13 Ceterum contraria ſententia dicentium, ne ab emancipato quidem exigendum, ut donationem ſimplicem conferat fratribus ſuis heredibus, quæ & Vaſquio *ubi ſupra n.*25. & quibuſdam aliis placet, probabilior mihi videtur. Etenim nihil eſt, quod magis repugnet voluntati ſimpliciter & abſolute donantis, quam ut quod ita donat, ſubjiciatur collationi: niſi forte ipſe hanc legem liberalitati ſuæ dixerit,*l.pen.§.*1.*C.hoc tit.arg.l.ſi non mortis* 25. *ff. de inoff.teſt.* Atque hanc ob cauſam etiam jure veteri, quo emancipati ſuis omnia alia conferebant, non tamen conferebant ſimplicem donationem, quam a patre acceperant, propterea quod, ut dixi, nihil tam alienum eſt a voluntate inducendæ collationis, quam abſolute donare: ad impediendam autem collationem, ſufficiebat vel tacita patris voluntas, *l.filiæ* 18. *C.fam. erc. l.ex parte* 39. *§.*1. *ff.eod.* Itaque nec illud hic dici poterat, emancipatos ſuis inferre injuriam. Hoc autem, quod dico, ita ſe habere patet ex *l.*2. *C.de inoff. donat.* Agitur illic de patre, qui omne ſuum patrimonium effuſa liberalitate in unum ex filiis contulerat, & reſpondetur, ſiquidem is filius in poteſtate fuit, arbitri familiæ erciſcundæ officio

con-

congruere, ut ſorori ejus filiæ defuncti quartam partem debitæ ab inteſtato portionis præſtet incolumem: ſi vero fuerit emancipatus, tunc filiæ ſuccurrendum eſſe querela inofficioſæ donationis, per quam donatio tanquam inofficioſa, quatenus modum legitimum excedit, revocetur. Ex quo manifeſtum eſt neutro horum caſuum donationem ſimplicem ſubjici oneri collationis, quoniam utroque nihil ultra portionem legitimam ex bonis paternis filia conſequitur, *l.5. l.7. l.8.C.d.tit.* cum alias ſi frater collatione fungeretur, integrum ſemiſſem totius hereditatis paternæ auferret. Ad hæc cum id, quod de donatione ſimplici non conferenda, niſi duobus caſibus, conſtituit Juſtinianus in *l.pen. §.1. C.hoc tit.* ad donationem a quocunque parente ſine diſtinctione poteſtatis aut ſexus ad liberos quoſcunque profectam pertineat, ut patet ex *pr. d.§.1.* quo colore excipiemus emancipatos in ſucceſſione concurrentes cum iis, qui in poteſtate manſerunt?

14 Ex his, quæ diximus, ſimul apparet, quid reſpondendum ſit ad primum contrariæ ſententiæ argumentum, nimirum abſolute verum non eſſe, quod afferunt; ſed ſemper exceptam fuiſſe ſimplicem donationem, idque ex tacita voluntate donantis, *per l.ex parte 39. §.1. ff fam.erc. junct. l.filia 18. C.eod. l.2. C.de inoff.don.l.pen.§.1.C.hoc tit.* Ad ſecundum reſpondeo, clauſulam illam in fine *l.ut liberis 17. C.eod. emancipatis videlicet liberis pro tenore præcedentium legum, ea, quæ in ipſa emancipatione, &c. acquiſierint, collaturis*, ideo a Leone adjectam eſſe, ne quis putaret ſolam ſe dotem & donationem propter nuptias ab emancipatis conferri velle; alia autem aliam ob cauſam a parente, de cujus bonis dividentis agitur, accepta, quæ ſecundum tenorem præcedentium legum & ipſa ab emancipatis conferenda erant, ab onere collationis eximere. At vero quæ ita a patre accipiunt liberi emancipati, ea non accipiunt aut habent jure ſimplicis donationis, ſed ut data ob cauſam, ut ſcilicet ſe exhibere, familiam, quam inſtituunt, ſuſtentare queant. Emancipatorum autem ideo duntaxat mentio fit, quia in eos, qui in poteſtate manebant, hujuſmodi donationes conferri non ſolent; quippe cum horum exhibitio ad curam patris pertineat: quod etiam non obſcure indicant hæc verba conſtitutionis, *ut adſolet fieri.* De ſimili quoque donatione accipienda eſt *l.1. C. hoc tit.* ne alias quis ex ſenſu contrario argumentando putet donationem ſimplicem teſtamento non facto ab emancipatis conferendam fuiſſe: quanquam nec argumentum a contrario ſenſu petitum, præſertim ex reſcriptis Imperatorum, ſemper procedit. Tertii argumenti, ex *Nov.18. c.6.* ſumti, ſi vis ulla eſſe debeat, in univerſum concludi oporteret, ſimplicem donationem a quibuſvis liberis, & quibuſvis liberis ſine ulla diſtinctione conferendam eſſe, niſi expreſſim fuerit remiſſa collatio: nam illa conſtitutio ad omnes liberos ex æquo pertinet, ut in confeſſo eſt: nec illud minus in confeſſo eſt, non omnes liberos adſtringi neceſſitate conferendi ſimplicem donationem. Vult quidem Juſtinianus æqualitatem inter omnes liberos ſervari: ceterum excipiendum eſt, niſi parens ipſe unum ex liberis velit aliquid habere præcipuum

Digitized by Google

& ut proprium, veluti ſi cui quid ſimpliciter donaverit. Illa autem verba, *d. Nov.* τὰ κὴ προῖκα τυχὸν ἢ κατ᾽ ἔθερον τρόπεν διδόμενα, *quæ dotis cauſa forte, aut alio modo dantur*, non includunt donationem ſimplicem, ſed intelligenda ſunt de donatione propter nuptias, aut ob aliam ſimilem cauſam facta, tanquam ex aliqua neceſſitate, ut in ſpecie *l.ut liberis* 17. *in fin. C.hoc tit.* Denique etſi concederemus emancipatos jure antiquo etiam ſimplicem donationem contuliſſe; ex novi tamen juris ratione, quod ſolam ſpectat æqualitatis inter liberos conſervationem, aliud dicendum foret, quippe cum non minus emancipati ſint liberi, quam in poteſtate retenti, cum quibus nunc etiam jure civili ſuccedunt: ac proinde ſi hic emancipatos munus collationis ſuſtinere volumus, æqualitatis ratio ſuadet, ut nec ſui præcipiant, quod ipſis a patre donatum eſt: aut ſi hoc iis concedimus, nec emancipati tali collatione onerandi erunt.

15 Ut igitur tandem concludamus, ſic generaliter definimus, ſimplicem atque abſolutam donationem, a quocunque parente facta ſit cuicunque e liberis, a nemine liberorum nemini e liberis conferri, extra duos illos caſus, quos ſupra memoravimus, ſcilicet ſi aut hæc lex donationi dicta ſit, ut conferretur, aut neceſſitas æqualitatis inducendæ locum faciat collationi juxta *l.pen.§.1.C.eod.* Atque hæc etiam *Nicolai de Matarell.* multorumque aliorum veterum ſententia fuit, teſtibus *Bald. in auth.ex teſtamento, C.hoc tit. n.2. & N.mauſ. quæſt.1. n.5.* eamque probant *Vaſquius lib.2. de ſucceſſ.reſol.§.19. n.25. Socin.jun.lib.1.conſ.54.n.5. Philip. Dec. ad d.l.pen. & Jac. Menoch.in addition.ibid. pulchre Ant.de Amat.ad l.9.C.hoc tit.n.156. & ſeqq.*

16 Secundum jus municipale Zelandiæ liberi indiſtincte etiam ſimplicem donationem a parentibus acceptam conferre tenentur, *Zeland.art.22. præſ.Everb. conſ.*183.*n.*10. & idem etiam obtinet apud Burgundiones, niſi donatarius omittere velit hereditatem contentus donato, *Chaſſan. ad conſuet. Burgund. tit.de ſucceſſ.rubr.7.§.5.n.41. & ſeqq.* & juri conſentaneum eſſe, poſtquam ſublata ſit ſuitatis & emancipationis differentia, putat *Molin.ad Dec.in auth. ex teſtamento, C.hoc tit.& conſ.59.num.4.* & ita uſu in Gallia ſervari ſcribit: eamque ſententiam aliquando ſecuta eſt Curia Mechlinienſis, teſte *Chriſtin.vol.1.deciſ.*178.*n.*11.

CAP. XVI.

De modo conferendi, & pœna non conferentis.

SUMMARIUM.

1 *Quomodo re fiat collatio.*

2 *Utrum rem ipſam, quæ data eſt, conferri neceſſe ſit, an ſatis ſit conferri æſtimationem.*

3 *Res*

3 *Res ipſa in ſpecie regulariter conferenda:*
4 *Quid juris, ſi res alienata ſit.*
5 *Quid ſi neceſſitas rei ipſius conferendæ nonnihil injuriæ ſecum trahat.*
6 *Quomodo cautione fiat collatio.*
7 *Quid ſi quis ob inopiam cavere nequeat.*
8 *Quando opus aut non opus cautione.*
9 *Notatur circa modum conferendi diſcrimen aliquod inter jus vetus & novum.*
10 *Collatio fit deductis impenſis neceſſariis, & ſine uſuris ac fructibus.*
11 *Improbatur ratio quædam ad hoc allata a Chriſtinæo.*
12 *Collatio fit pro portionibus hereditariis.*
13 *Inſignis circa hanc rem diſtinctio, præcipue ex ratione juris veteris.*
14 *Qui non adſpirat ad ſucceſſionem, ad collationem urgeri non poteſt: notabili limitatione.*
15 *Non conferentis quæ ſit pœna.*
16 *Si per errorem diviſio facta ſit omiſſa cautione, adhuc tamen peti poſſe, ut collatio fiat: & quo remedio.*

Videamus nunc, quod quinto loco quærendum erat, qua forma ſeu modo collatio fiat, tum quæ ſit pœna non conferentis. Collatio duobus modis fieri poteſt, & ſolet, re ipſa, & cautione; ſic enim noſtri loquuntur, *l.1.§.jubet* 9.*§.quamvis* 11.*ff.hoc tit.* quamvis proprie qui cavet ſive fidejuſſoribus ſive pignoribus, non confert, ſed de conferendo ſecuros facit coheredes.

1 Re fit collatio, cum fratres vel ſorores bona conferenda cum fratribus & ſororibus actualiter dividunt, *d.l.*1. *§.quamvis*, vel cum minus accipiunt remittendo tantum ex bonis paternis, quantum fratres ex collatione laturi eſſent, *d.l.*1.*§.ſed & ſi* 12. Idemque eſt, ſi nomen paterni debitoris delegaverint, vel fundum, aut rem aliam dederint pro portione bonorum, quæ conferri debuit, *d.l.*1.*§.*12. eumve, cui conferri oportet, liberaverint, *d.l.*1.*§.pen. ff.l.*2. *C.hoc tit.*

2 De illo quæritur, utrum omnino rem ipſam, de qua conferenda agitur, in ſpecie conferri oporteat, an oblatione æſtimationis conferens defungatur. Et poſſet videri & edicto prætoris, & conſtitutionibus, quæ æqualitatem tantum deſiderant, abunde ſatisfieri, ſi conferatur rei æſtimatio, quæ eſt tempore collationis. Neque huic ſententiæ obſtant *l.*1.*pr ff.hoc tit.l.poſthumo* 11.*C.eod.* utique contrarium ex his elici poſſe non videtur: cum & ille bona ſua vi ipſa conferat, qui confert æſtimationem. Et hoc D.Tuldeno ad *C.hoc tit.n.*1.placere video, per *l.*1.*§.ſed & ſi* 12.*ff.hoc tit.* cujus textus argumento etiam *Sichard.in rubr.C.eod.n.*18.*poſt Corneum in l.*9 *C.eod.* notat, in materia collationis hoc eſſe ſingulare, ut & ſpecies inter ſe, & cum pecunia compenſentur, cum alias tantum quantitatis cum quantitate penſatio fit, per *DD.in §.in bonæ* 30.*Inſt.de action.& in l.ult. C.de compenſ.*

3 At-

3 Attamen ego in contrariam ſententiam proclivior ſum. Cum enim ex adverſo ipſa corpora & ſpecies, quæ in bonis parentum manſerunt, diviſioni ſubjiciantur; idem etiam in iis, quæ conferenda ſunt, rationis eſſe videtur, ut ſc. ſpecies ipſæ, quæ datæ ſunt, in medium conferantur, nec ad liberationem ſufficiat præſtare æſtimationem; utique ſi altera pars diſſentiat: nam inter conſentientes quin æſtimatio collata ad liberationem proſit, dubium non eſt; quoniam & alias non obtinente creditore aliud pro alio ſolvere licet, *l. manifeſti 17. C. de ſolut.* ac de tali caſu *text. in d. l. 1. § ſed & ſi, hoc tit.* accipiendum eſſe, patet ex eo, quod Juriſconſultus illic etiam de nomine debitoris delegando, de fundo reve alia pro portione bonorum danda, tractat, quod, ut notum eſt, non niſi inter conſentientes fieri poteſt, *Perez in C. hoc tit. n. 19. Coſtal. ad l. ſi filia 20. ff. fam. erciſc.* qui & ita judicatum memorat a Curia Pariſienſi, *ut & Papon. lib. 21. tit. 7. arreſt. 1. add. Chriſtin. vol. 4. deciſ. 2. n. 5. Ant. de Amat. ubi ſup. n. 131. & ſeqq.*

4 Plane ſi heres rem collationi ſubjectam bona fide alienavit, nec in ſpecie conferre poteſt, ſatis eſt æſtimationem conferri, facta reputatione temporis, quo collatio petitur, *Coſtal. d. loc.* vide & *Chriſtin. ubi ſupra*, ubi in hoc quoque caſu Senatum Pariſienſem, idem cenſuiſſe refert. Putarem tamen, ſi res vendita proponatur poſt mortem patris, conferendam eſſe eam ſummam, quæ pro re accepta eſt, propter jus, quod jam coheredibus acquiſitum erat.

5 Sed & ſi quo caſu ipſius rei collatio nonnihil injuriæ conferenti allatura videatur, crediderim eum æſtimationis collatione recte defungi. Neque enim, verbi cauſa, eo caſu, quo libri conferendi ſunt, exiſtimo ſcholarem cogendum eos ipſos actualiter conferre, cum iniquum atque abſurdum ſit ſtudioſo auferre libros, in quibus jam propter diuturnum uſum memoriam localem habet, *Salicet. in l. filiæ 18. n. 15. Bald. in l. 5. C. ad ſen. Mac. Horat. Luc. tract. de priv. ſcholar. priv. 30.* & ita cenſuiſſe ſupremam Curiam Mechlinienſem teſtatur *Chriſtin. ubi ſupra.* Idem dixerim, ubi nihil intereſt coheredum, æſtimatio, an res ipſa conferatur, cum *Molinæo ad Dec. in l. 13. C. hoc tit. add. Ant. de Amat. ubi ſup. n. 139.*

6 Cautione fit collatio, cum de conferendo vel fidejuſſores dantur, vel pignora; non enim ſatiſdatio tantum, verum etiam pignoribus poſſe caveri de collatione placuit, *l. 1. §. jubet 9. ff. hoc tit.* quamvis regulariter prætoriæ ſtipulationes ſatiſdationem deſiderent, *l. 7. ff. de ſtip. præt.* Si unus ex heredibus ante factam collationem deceſſerit, heredi ejus conferri, vel de collatione caveri oportet, aut e converſo heredem ejus conferre aut cavere, & hoc eſt, quod DD. ajunt, jus conferendi & active & paſſive tranſire ad heredes, *Gomeſ. ad l. 29. Tauri n. 37. l. 2. pr. ff. hoc tit. & ibi Bart. l. ſi maritus 14. C. eod. l. 1. §. ibidem 8. ff. eod.*

7 Quod ſi forte quis ob inopiam rei familiaris cavere nequeat, curator ejus portionis conſtituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum eſt, cum bona propria contulerit, *d. l. 1. §. ſi frater 10. l. 2. §. ult. eod.* 3 Non

8 Non eſt autem opus cautione, ſi inter liberos conveniat, quid ſit conferendum; ſed ſi inter eos ſit controverſia, num aliquid conferendum ſit; tunc enim ſuſpenditur collatio ejus, data cautione de conferendo, ſi neceſſe erit, *Nemauſ. c.2. n.24. Pet.Tholoſ.46.ſyntagm.8.n.27.*

9 Olim cum ſua omnia emancipati conferebant, boni viri arbitratu ita fiebat collatio, ut de bonis conferentis prius deduceretur æs alienum, *l.2. §.1.ff.hoc tit.* Et ea ſolum conferebantur, quæ actu adhuc penes emancipatum collationi obnoxium erant, non quæ alienaverat; utique ſi citra fraudem & dolum, alias ſecus, *l.1.§.confertur 23.d.l.2.§.2.eod.* quod ſi id egiſſet, ne acquireret, collatio ceſſabat, *d.l.1.§.23.arg.l.6.pr.& §.1.cum 3.ſeqq.ff.quæ in fraud.cred.l.non fraudantur 134.de reg.jur.Azo in ſumm.C.hoc tit.n.11.* Sed poſtquam certarum duntaxat rerum collatio eſſe cœpit, & tandem ſolorum profectitiorum ob cauſam, ſi res ipſæ conferri nequeant, eo quod forte alienatæ ſunt, æſtimatio earum conferenda erit; neque propter æs alienum ceſſabit collatio, ſed non valentis conferre portio hereditaria pro rata ejus, quod conferre debuit, minuetur, per *l.5.C.hoc tit.* de quo etiam dictum jam ante eſt.

10 Cum autem fit collatio, impenſæ neceſſariæ, quæ in rem conferendam factæ ſunt, deduci ſolent, *l.1. §.cum dos 5. ff. de dot. collat. ubi Gloſſ. & Bart.* fitque collatio ſimpliciter ſine uſuris & fructibus. Ut ecce, qui dotem aut donationem propter nuptias a parente accepit, is parenti ſucceſſurus, debet quidem hæc ceteris ejuſdem parentis liberis, cum quibus ſuccedit, conferre: at non item fructus aut uſuras dotis aut donationis propter nuptias. Nam illud ſolum conferendum eſſe, quod quis titulo dotis aut donationis propter nuptias accepit, ac ſufficere, ſi res ipſa vel ſumma principalis hoc nomine data conferatur, multi loci evincunt, *l.3.l.4.l.8.l.ut liberis 17. l.illam 19. C.hoc tit.& paſſ. ff.de dot.collat. Chriſtin.vol.1.deciſ.178.* ubi & ſupremam Curiam Mechlin. ita judicaſſe teſtatur, congruit *art.29. Polit.Ordinat.* Et ratio hæc eſt, quia fructus dotis percepti non ſunt dotis, ſed cedunt marito propter onera matrimonio cohærentia, *l.7. de jur. dot.l.pro oneribus 20. C.eod.* quod etiam ad donationem propter nuptias ob eandem cauſam pertinet, *fac. l.1.§.ſed an 16. ff.hoc tit.*

11 Affert & hanc rationem *Chriſtin. d.loc.* quod non alia conferantur, quam quæ reperiuntur in bonis conferentis tempore mortis patris vel matris, per *l.6.l.filiæ 12. C.eod.* fructus autem conſumti non ſint in bonis. Sed ſi hoc argumentum procederet, etiam conſumta tota dote liberaretur filia a collatione, quod falſum eſſe patet ex *auth.quod locum, C.eod.* & *d.l.6.* ſimiliumque locorum non alia ſententia eſt, quam quod non conferantur ea, quæ liberi demum poſt mortem patris acquirunt. De caſu collationis rei dotalis faciendæ conſtante adhuc matrimonio dixi ſupra *cap.12.*

12 Porro collatio fit pro portionibus hereditariis, quas quiſque in hereditate habet, ita ut perſona quoque conferentis numeretur, & partem faciat, *l.2. §.ult. l.3.§.2.ff.hoc tit. Nemauſ.c.2.n.24. Duar.c.3.hoc tit.*

13 Ex ratione autem maxime juris veteris diſtinguendum hic eſt,

utrum

utrum filius emancipatus, qui ad collationem vocatur, petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, an ex capite edicti *unde liberi*, ad ſucceſſionem admittatur. Fieri enim poteſt, ut qui teſtamento facto bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepit, interdum minus, quam ſi ab inteſtato accepiſſet, conferat, interdum etiam, ut nihil. Ut ecce, ſi pater una cum filio in poteſtate extraneum heredem inſtituerit, hic niſi emancipatus præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petat, filius heres ſcriptus non aliam partem ex teſtamento patris, quam ex qua heres ſcriptus eſt, conſequi poteſt, nihilque ei conferet extraneus coheres. Emancipatus vero ſi accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione extraneum removerit, quaſi in locum ejus ſuccedens, pro ea tantum parte, quam fratri aufert, conferre tenebitur; quoniam & pro ea duntaxat parte fratri incommodat. Finge igitur extraneum ex ſemiſſe, verbi cauſa, inſtitutum eſſe, hic emancipatus nihil conferet: multoque minus, ſi extraneus ſcriptus ſit ex parte majore; quia tunc etiam beneficium ab emancipato accipit frater in poteſtate retentus. At ſi, verbi gratia, extraneus ex quadrante, filius ex dodrante heres ſcriptus eſt, hoc caſu, quia quadrantem emancipatus fratri detrahit, quadrantem quoque bonorum ſuorum conferet, ſed non amplius, *l.1. §.3.4. ff. hoc tit.* ubi mire ſe torquent *Gloſſ.* & *Bart.* Quod ſi patre inteſtato mortuo ex parte edicti *unde liberi* bonorum poſſeſſio obtineatur, hoc caſu collatio æqualis erit, ut quantam partem emancipatus fratribus ſuis heredibus detrahit, tantam & illis conferre teneatur. Finge emancipatum habentem patrimonium trecentorum concurrere cum duobus fratribus in poteſtate retentis: hic emancipatus ſingulis fratribus centum & ſibi centum conferet; vique ipſa hoc perinde eſt, ac ſi ſolida trecenta cum hereditate patris confudiſſet, unde ſcilicet diviſione facta centum ad ipſum reditura fuiſſent. Quod ſi quis interdum plus conferat, quam accipit, de ſe eum queri oportet, cui liberum fuit bonorum poſſeſſionem omittere, *l.2. §.ſi tres 5. ff. hoc tit.*

14 Qui autem non affectat ſucceſſionem, ad collationem urgeri non poteſt, *l.ult. ff. de collat. dot. l.ex cauſa 23. C. fam. erciſc.* ubi hoc notant *Bart. Bald. & Salic. Dua. c.1. & 3. de collat. Chriſtin. in leg. Mechlin. tit. 16. art. 3. n.6. Præſ. Everb. conſ.8. n.2.* ubi tamen *n.4.* notabilem addit limitationem, videlicet quod id tunc demum procedat, quando omnes alii liberi ſalvam habent ſuam legitimam portionem. Quod ſi futurum ſit, ut iſti alii liberi, connumeratis bonis, quæ omiſſa alias hereditate, conferri non deberent, minus illa ſua legitima parte conſecuturi ſint, tum eos jure deſiderare poſſe, ut ſuppletio ex iſtis bonis ad modum legitimæ fiat, per *text. in auth. unde ſi parens. C. de inoff. teſtam. facit tot. tit. C. de inoff. donat.* & ita judicatum a ſuprema Curia Mechlinienſi refert *Chriſtin. vol.4. dec.2. n.4. ſub fin. add. Gomeſ. in l.92. Tauri n.34.*

15 Pœna non conferentis, aut per contumaciam cavere nolentis, cum poſſit, hæc eſt, ut ei denegentur actiones hereditariæ, quæ alias pro conſequenda portione ſua hereditaria ei competerent, donec conſilium mutet,

*l.*1. *§.ſi frater* 10. *§.ſi cum duobus* 13. *ff.hoc tit. l.*11. *l.*14. *C.eod.* Quod ſi is, qui collationem detrectat, ſit in poſſeſſione rerum hereditariarum, poterit ad collationem compelli officio judicis, per *l.*8. *C.eod.ubi Gloſ. Cyn. Petr. & Jac. de Ravenn. Alberic. Bart. & DD.comm.* Si quis autem caverit, ſed cautioni non ſteterit, committitur ſtipulatio, cum poſt interpellationem de conferendo factam tantum tempus lapſum eſt, intra quod collatio commode fieri potuiſſet; & quanti ea res eſt, in tantam pecuniam condemnatur, *l.*5. *in fin. ff.hoc tit. Nemauſ. c.*2. *n.*24. *Perez. C.eod. n.*19. *VVeſenb. parat. eod. num.*6.

16 Quid ſi per errorem jam facta ſit diviſio omiſſa collatione aut cautione, idque auctoritate judicis interveniente? Nihilominus adhuc peti poterit, ut collatio fiat, *l.*8. *C.hoc tit.* quemadmodum & in calculo ſi error aliquis intervenerit, emendationi locus eſt, *l.un. C.de err. calcul.* Neque hoc tendit ad impugnandam ſententiam, ſed minuendam & moderandam executionem & vires judicati, *Gilken.in d.l.*8. *C.hoc tit. cum ibidem allegat.* ubi tamen *n.*5. hoc ita procedere ex *Gloſ. Alberic. Corn. Alex. & aliis* notat, niſi auditis partium, collationem petentium & renuentium, allegationibus poſt cauſæ cognitionem ſententia judicis intervenerit, *fac.l.*7. *§.*1. *ff. de compenſ.* Sed tunc dici non poteſt collatio omiſſa per errorem: & hoc ipſum ita quoque temperandum eſt, ſi non appellatione intra tempora præfinita interpoſita collatio petita fuerit. Ceterum quæſtionis eſt, qua actione aut remedio poſt factam diviſionem obtineri queat, ut collatio adhuc fiat, *Gloſſa, Cyn. Alber. Bart. & DD. comm. in l.*8. *C.hoc tit.* officium judicis hic requirunt. Et ſane ad id confugiendum erit, ſi adhibito judice diviſio facta proponatur. Quod ſi omiſſa per errorem collatione ſine judice facta ſit diviſio, tunc putarem collationem poſtulantibus competere condictionem indebiti: nam quantum, qui non contulit, conferre debuit, tanto minus fratres de rebus paternis illi debuerunt: quo fit, ut ſi amplius illi datum fuerit, indebitum ſolviſſe fratres intelligantur, *fac. l.ſi quis* 10. *§.*1. *ff.de compenſ. l.*5. *§.pen.ff.de impenſ.in rem.dot.fact.l.cum putarem* 36. *circa fin. ff.fam. erciſc.*

CAP. XVII.

De fine & effectu collationis.

SUMMARIUM.

1 *Collatio initio introducta eſt minuendæ injuriæ gratia, quæ filiis in poteſtate retentis a prætore fiebat, admiſſis ſimul ad ſucceſſionem emancipatis.*

2 *Poſtea ſolam æqualitatis inter liberos conſervationem hic ſpectari cœpiſſe.*

3 *Æqualitatem hanc non arithmeticam eſſe, ſed geometricam.*
4 *Bona collata & ipſa fieri hereditaria, aut pro talibus haberi.*
5 *Poſt collationem demum actiones hereditarias cum effectu exerceri poſſe.*
6 *Pactum, quo neceſſitas collationis remittitur, quando validum.*

UNum adhuc ſupereſt, ut quæramus, quis ſit collationis finis & effectus, hoc enim poſtremum eſt ex iis, quæ ad intelligentiam hujus argumenti diximus cognitu eſſe neceſſaria.

1 Ex iis, quæ ſupra differimus, præſertim *cap.*2. intelligere poſſumus, collationem initio a prætore introductam eſſe minuendæ duplicis injuriæ gratia, quam ſui heredes patiebantur, eo quod prætor una cum his ad bonorum paternorum ſucceſſionem admittebat & emancipatos: nam ita & ſuis heredibus pars hereditatis paternæ, quæ horum tota erat jure civili, detrahebatur, & eorum quoque bonorum, quæ ſui heredes quæſierant, partem conſequebantur emancipati, cum & ipſi ſibi omnia quærerent, & quæſita ſibi retinerent. Cui utrique injuriæ obviam iverit prætor emancipatos, ſucceſſionem patris una cum ſuis appetentes, ad bonorum collationem vocando, *l.*1. *ff.hoc tit.*

2 Cum autem procedente tempore magis ac magis par atque æqualis liberorum omnium cauſa in ſucceſſione parentum inteſtata eſſe cœpiſſet, ad hanc æqualitatem inter liberos ſervandam paulatim quoque jus collationis attemperatum fuiſſe, ac tandem etiam tractum ad ſucceſſionem ex teſtamento. Itaque nunc recte dicemus τὸ οὗ ἕνεκα, finem, propter quem collatio fit & petitur, hunc eſſe, ut ſervetur inter liberos æqualitas, eaque ſervata bona defuncti parentis una cum collatis inter eos dividantur, *l.ut liberis* 17. *l.illud* 20. *C.hoc tit. Nov.*18. *c.*6. Differt itaque collatio a diviſione, ut antecedens a conſequente.

3 Æqualitas autem hæc non eſt arithmetica, ſed geometrica, ut collatis omnibus, quæ conferenda ſunt, tantam quiſque portionem accipiat, quanta ei vel diſpoſitione teſtatoris, vel lege delata eſt: ſic enim referenda eſt æqualitas ad id, quod relictum eſt; verbi cauſa, ſi unus ex liberis inſtitutus ſit ex quadrante, alter ex dodrante, collatis omnibus in acervum hereditatis, quæ hoc modo creſcit, unus tres uncias totius, alter novem accipiet, ſibique imputet, ſi quis minus accipiat, quam contulit, quia poterat hereditatem omittendo effugere onus collationis, *l.*2.*§.ſi tres* 5. *hoc tit.* Quod ſi ex æquis partibus heredes ſcripti ſint, æqualiter hereditatem divident, quamvis unus plus alio conferat, quia plus a defuncto parente acceperat: idemque eſt in ſucceſſione inteſtata. Et ita in partibus diverſis proportio eſt geometrica, quemadmodum in ſubſtitutione reciproca, ſi teſtator heredes ex imparibus partibus inſtitutos ſibi invicem ſimpliciter ſubſtituerit, *l.*5. *l.ſi plures* 24. *ff.de vulg. & pup.ſubſt. l.*1. *C.de impub. & al. ſubſt.*

4 Effectus collationis eſt hic, quod bona collata & hereditati communi

ni permiſta, & ipſa hereditaria fiant, aut utique vi ipſa pro hereditariis habeantur; nimirum quæ ex bonis patris exierunt: nam de peculio profectitio, quod in bonis patris manet & poſt mortem in hereditate ejus reperitur, hoc proprie prædicari non poteſt: quanquam intuitu naturalis poſſeſſionis & juris adminiſtrandi, quod vivente patre filius habuit, etiam hic collatio eſt, & fieri dicitur, de quo uberius differimus ſupra *cap.3.*

5 Eſt & hic collationis effectus, quod poſt eam demum actiones hereditariæ efficaciter exerceri poſſunt: nam etſi ſtatim atque agnita hereditas aut bonorum poſſeſſio eſt, actiones iſtæ ipſo jure competunt, tamen conferre nolenti denegantur, ut demonſtratum eſt *cap.ſuperiore*. Illud autem inſubtile eſt, quod quidam ajunt, competere actiones, etiamſi pacto hereditati renuntiatum ſit. Prius enim de ſucceſſione, quam de collatione aut actionibus quærendum eſt: & ſicut eum, qui ad collationem vocatur, aut cui confertur, ſucceſſorem eſſe oportet; ita ex adverſo præpoſtere diſputatur de collatione in perſona ejus, qui ſucceſſor non eſt.

6 Hæc autem eſt eorum mens & ſententia, ante hereditatem aut bonorum poſſeſſionem delatam pacto effici non poſſe, ut quæ alias conferenda eſſent, non conferantur, at poſtea poſſe, & juri jam quæſito recte renuntiari, per *l.pen. C. de pact. junct. l.ult. C.eod. l.3. C.hoc tit. l.ſi quando 35. §.1. C. de inoff. teſt. l.ult. ff.de ſuis & leg.her. cum ſimilib.* quod quidem verum eſt, ſed loco minus congruo hic tractatur, ut & alia quædam, quæ pertinent ad locum communem de pactis circa ſucceſſiones: de quibus *DD. in d. l.ult. C.de pact. & in l. ſtipulatio 61. ff.de verb.oblig.*

Digitized by Google

34.III.774
1219.

ARNOLDI VINNII J.C.
DE TRANSACTIONIBUS
TRACTATUS.

CAPUT I.

1. De uſu verbi tranſigere, quid ſit tranſactio, & quid differat a pacto.

1 *Verbi tranſigere cum propria, tum tropica ſignificatio.*
2 *Ejuſdem verbi uſus ſpecialis præſertim argumento propoſito: tum quo in re differat tranſactio a ſententia, & jurejurando.*
3 *Vera & exacta tranſactionis definitio.*
4 *Decidere pro tranſigere paſſim.*
5 *Vulgaris definitio tranſactionis minus accurata.*
6 *Inter paciſci & tranſigere quid interſit.*
7 *Quomodo interpungenda* l.1. ff.hoc tit.
8 *Res dubia quæ hic dicatur, obiter.*

VERBUM *tranſigere*, ſi originem & compoſitionem ſpectamus, idem ſignificat, quod ultra agere ſive tranſadigere. Tacitus *annal.*14. *Gladio ſe ipſum tranſegit*, quod Virgilius 9. *Æneid. Sed viribus enſis adactus Tranſadigit coſtas*. Statius 5. *Thebaid. Quatuor hos una, decus & ſolatia patris, Tranſadigam ferro*. Atque hinc translatum ad alia ſignificatione generali; ut idem ſit tranſigere, quod negotium conficere, expedire, finire. Cicero pro Quintio: *Quæro qua ratione Nævius ſuſceptum negotium tranſegerit?* Item pro Roſc. Comœd. *Per nuntium hoc, quod erat tam leve, tranſigere potuiſti.* Terentius *in Andr. Facta, tranſacta omnia*, & paſſim in Comœdiis, *Intentus tranſigetur*. Sic dicimus vitam tranſigere pro traducere, peragere, διάγειν. Tacitus in *vit. Agricolæ. In hujus ſinu indulgentiaque educatus, per omnem honeſtarum artium cultum pueritiam adoleſcentiamque tranſegit*. Salluſtius *proœm. bell. Catil. Sed multi mortales dediti ventri atque ſomno, indocti incultique vitam ſicuti peregrinantes tranſegere*. Et initio ejuſdem proœmii; *ne vitam ſilentio tranſigant, veluti pecora*, quanquam non ignoro in vulgatis fere legi *tranſeant*. Atque in generali hoc ſignificatu, ſive pro qualicunque terminatione & finitione negotii, etiam a noſtris ſæpe uſurpatur, ut videre eſt in *l. ordine* 15. *ad. municip. l.*5. *de decur. l. arbitrio* 18. *§. dolo* 4. *ff. de dol. mal. l.*1. *§. ult. ad*

SC.Ter-

Digitized by Google

SC.Tertull. l.1. §.3. ff.de pact. In *l.tranſacta 229.& ſeq. de verb.ſign.* Paulus ait, tranſacta intelligi, quæ quoquo modo ad finem perducta ſunt, vel tempore, vel judicis ſententia, vel alio quovis modo. Apud Ulpianum *l.quid ergo 13. §.pœna 7.de his qui not.infam.* ſententia tranſactum dicitur de exiſtimatione. Apud Gajum *l.admonendi 31. in fin. ff. de jurejur.* negotium jurejurando tranſactum, quomodo & Seneca præfat. *lib.7. declam. Placet tibi, rem jurejurando tranſigi.*

2 Ceterum paſſim in uſu juris & præſertim in argumento propoſito ſpecialiter hoc verbum uſurpatur, & pro ea duntaxat conventione accipitur, qua rem dubiam litemque incertam ita finimus atque expedimus, ut pro eo aliquid viciſſim accipiamus: neque aliud in propoſito eſt tranſigere, quam rem dubiam litemve incertam conſenſu terminare, dato aliquo, ſeu promiſſo, aut retento, *l.1. ff.hoc tit. l.2. l.tranſactio 38. C.eod. c.ſuper eo x. eod.* Itaque proprie quoque loquitur Cicero pro Cluent. cum ait: *Manlius rem cum Oppianico tranſigit, pecuniam ab eo accipit*, &c. Ajo, *conſenſu terminare*, quibus verbis tranſactio diſtiguitur a ſententia & deciſione judiciali: nam judicium redditur in invitum, *l.inter 83. §.1. ff. de verb. obl.* hinc conſenſu terminata pro tranſactis, *l.interpoſitas 13. C.hoc tit. cum ſimilib.* Additur, *dato aliquo, aut retento*, ut hinc removeatur jusjurandum, quod & ipſum ex conventione proficiſcitur, *l.qui juraſſe 26. §.ult. ff.de jurejur.* & propter communem cum tranſactione effectum ſpeciem tranſactionis continere dicitur, *l.2.eod.tit.* tranſactio tamen proprie non eſt; quia in jurejurando non intervenit mutua compenſatio, quæ in tranſactione deſideratur: ſed nullo dato vel retento aut promiſſo procedit. Sed & ei, cui jusjurandum delatum eſt, neceſſitas imponitur, ut aut juret, aut jusjurandum referat, *l.manifeſtæ 38. d.tit.*

3 Tranſactio igitur, ut tribus verbis dicam, eſt non gratuita rei dubiæ deciſio facta conventione partium, atque ad hunc eundem modum etiam Weſembecius tranſactionem definit *parat.hoc tit.n.2.* quanquam illa definitio imprudenti & tantum non aliud agenti excidiſſe videtur. Nam toties illic vacillat Weſembecius, ut Andabatarum more clauſis oculis in eum locum irruiſſe videatur, quod & Bachovius notavit. Hinc jam intelligimus tranſactionem non eſſe niſi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit, auferat; neque rurſus totum amittat: ſed de ſumma quæ petitur deciditur aliquid, & quaſi decerpitur, quod detur actori, ut quod ſupereſt, apud reum relinquatur.

4 Atque hinc factum eſt, ut Latinis, præſertim autem juris noſtri auctoribus, verbum *decidere* uſurpatum ſit pro tranſigere. Cicero pro Quintio: *Aſſem ſe ſe negat daturum, niſi prius de rebus rationibuſque ſocietatis omnibus decidiſſet, & ſciſſet ſibi cum eo controverſiæ nihil futurum.* Idem pro Roſc.Amerino: *Si hanc ei rem privatim Sext. Roſcius mandaviſſet, ut cum Chryſogono tranſigeret atque decideret.* Eodemque ſenſu hoc verbo utuntur noſtri in *l.cum in eo 44.ff.de pact. l.mandato 60. ff.de procur.l.7.pr. ff.de*

Digitized by Google

ff.de cond.furt. l.4. §.1.ff.ad leg.Falc.l.ejus rei 46. ff.de rei vind. ex quo eſt litis deciſio pro tranſactione, *l.7.l.ſub prætextu 19. l.ſiquidem 24.C.hoc tit.* deciſio furti, *l.poſt deciſionem 13. C.de furt.*

5 Vulgo loco generis pactum ſeu pactio ponitur:ſed non ſatis ſubtiliter mea quidem opinione. Etenim pactiones & contractus non ſunt genera tranſactionis, ſed modi tranſigendi : nam interdum nuda duntaxat pactio intervenit, aliquando ſtipulatio, *l.2. l.pacto 15. ff. l.ſub prætextu 19. l.ſive apud 28. C.hoc tit. l.cum proponas 21. C. de pact.* quandoque datio aut retentio,*l.tranſactio 38.C.hoc tit.*quæ diverſa ſunt ab ipſa tranſactione,ſi proprie loqui volumus: nec duplex eſſe poteſt genus unius & ejuſdem rei. Qui in re tam plana aliud ſectantur, næ illi nodum in ſcirpo quærunt.

6 Inter paciſci & tranſigere hoc intereſſe ſcribit JC. in *l.1. ff.hoc tit.* quod qui tranſigit, quaſi de re dubia & lite incerta neque finita tranſigit : qui vero paciſcitur, donationis cauſa rem certam & indubitatam ex liberalitate remittit. Diſcrimen in duobus poſitum. 1.Tranſactio ſemper eſt de re dubia & incerta: nam quod in *l.32. C. hoc tit.* dicitur, *de certa re* pactum tranſactionis interpoſitum, id non de re indubitata, ſed de una aliqua, re aut lite, intelligendum eſt, ut ex ipſo contextu patet. Pactum vero plerumque quidem de re certa ſeu indubitata fit, ſed non ſemper: nam interdum etiam de re controverſa & litigioſa paciſci dicimur, *l.7. §.ſi paciſcar 13. cum ſeq. de pact. l.tranſigere 18. C. hoc tit. l.4. §. ult. l.5. l.6. §. 3. & ſeq. ff.de his,qui not.infam.* Itaque hic character non eſt perpetuus, ſed ἐκ τοῦ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον. 2. Pactum in ſpecie acceptum ut ἀντίθετον tranſactionis, ſemper eſt gratuitum: at tranſactio in ſpecie ſic dicta ſemper fit aliquo dato retentove aut promiſſo, nunquam gratis, *l.tranſactio 38. C.hoc tit.* & hic character eſt perpetuus. Unde pactum donationis cauſa & tranſactio opponuntur, *l.3. C.de repud. vel abſtin. hered. l.6. de ſolut.* ſicut aliis locis tranſactioni opponitur donatio, *l.cum donationis 34. C. hoc tit. l.ex conducto 15.§.4. ff. locat.* Quod ſi alicubi pactum dicatur fieri dato aliquo vel retento aut promiſſo, ibi pactio ſive pactum latiore ſignificatione ponitur pro tranſactione, ut in *l.contra juris 28. in fin. ff.de pact. l.1. C.eod.l.4. §.ult. l.5. l.6. §.3. & 4. ff.de his qui not.infam. l.4.ff.de jur.fiſc.* non quod proprie pactum ſe habeat ad tranſactionem, ut genus ad ſpeciem, ſi ſubtilius loqui volumus: ſed quia tranſactio etiam pactione fit: unde alibi rectius appellatur pactum tranſactionis cauſa factum,& placitum tranſactionis, *l.cum proponas 21.C.de pact. l.7. l.ſi de certa 31. l.ſi pro fundo 33.C.hoc tit.* ſicut & pacto dicitur tranſigi, *l.2. l.pacto 15. ff. l.de fideicommiſſo 11. l.interpoſitas 13.C.eod. l.ſi inſtituta 27.pr. ff.de inoff.teſtam.*

7 Duarenus & Donellus *text. d.l.1. ff.hoc tit.* ſic interpungunt; *Qui tranſigit, quaſi de re dubia, & lite incerta, neque finita tranſigit : qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit,* commate poſito poſt *donationis cauſa:* idque poſt Ciſnerum etiam probat Borcholt. *c.1.ad hunc tit.n.28.* Sed hæc interpunctio tantum abeſt, ut ne-

Digitized by Google

neceſſaria ſit, ſicut ea, quæ diximus, aperte demonſtrant, ut etiam mihi videatur inconcinnam efficere, & tantum non ineptam J.C. ſententiam *qui paciſcitur donationis cauſa, rem ex liberalitate remittit*, quaſi vel unus de eo dubitare poſſit. Sane Græcorum interpretatio iſtam διοσολὴν ferre non poteſt, qui ſic *lib.*11. *Baſil. tit.* περὶ διαλύσεως, Ulpiani verba reddunt; ὁ διαλυόμενος ὡσανεὶ περὶ πράγματος ἀμφιβόλου καὶ δίκης ἀδήλου καὶ ἀπληρώτου διαλύεται· ὁ δὲ συμφωνῶν κατὰ δωρεὰν πρᾶγμα δῆλον καὶ ἀναμφίβολον φιλοτίμως συγχωρεῖ; neque enim verba κατὰ δωρεὰν recte referas ad præcedens συμφωνῶν. Et iterum apertius, οἶδας τὴν κυριότητα τοῦ συμφώνου καὶ διαλύσεως ὅτι συμφώνου μὲν ἐστι ὁμολογουμένου χρέους συγχώρησις διάλυσις δὲ ἀμφιβαλλομένου χρέους συμβιβασμός: atque ad eundem modum Attiliata in *ſynopſi tit.*6. & Harmenop. *lib.*1. *tit.*13. §.14. qui ſua illinc tranſtulerunt.

8 Illud notandum eſt, in cauſa tranſactionis rem dubiam dici non ſolum eam, de qua lis jam mota eſt; ſed etiam eam, de qua moveri poteſt, aut lis metuitur, *l.*2. *C.hoc tit.* imo amplius etſi neque lis ſit, neque lis metuatur, dummodo alia ratione res ſit dubia, ut in ſpecie *l.*1.*C.de pact.l.de fideicommiſſo* 11.*C.hoc tit. l.*8. *§.ſi in annos* 23. *ff.eod.* ſed hæc accuratius infra ſub *cap.*4. *de materia tranſactionis*.

C A P. II.

Quibus modis fiat tranſactio.

1 TRanſactio vel fit nuda conventione, veluti ſi quis paciſcatur, ut certum aliquid accipiat & a lite recedat, *l.*2. *l.pacto* 15. *ff.hoc tit. l.ſi inſtituta, ff.de inoff. teſt. l.ſive apud* 28. *C.hoc tit. cum ſimilib.* & tale pactum etſi ipſo quidem jure actionem non tollat, ſed ea nihilominus integra adhuc actori maneat; exceptionem tamen reo parit ad ſummovendum actorem, ſi contra placita litem perſequi velit, *l.ſub prætextu* 19. *d.l.ſive apud, C.eod. l.cum proponas* 21. *C.de pact.* Ceterum ita reus ex placito tranſactionis inutilem exceptionem habet, ſi paratus ſit implere, quæ ipſe contra promiſit; alioqui replicabitur de dolo, *d.l.ſub prætextu, d.l.cum proponas, l.ult. C.ſi adverſ. tranſact.* Quod ſi verbi cauſa in lite familiæ erciſcundæ convenit ut, certis partibus hereditatis conſtitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam; neque ego tibi quidquam dedi, ut mihi dares, neque tu mihi; neque porro huic placito ſtipulatio ſubjecta eſt: nulla ex hoc pacto, utpote nudo & meri placiti fine ſtante, actio naſcitur, *l.diviſionis* 45. *ff.de pact. d.l.cum proponas, C.eod.* & ideo placiti ſervandi cauſa ſtipulatio ſubjici ſolet, *l.pacto* 15.*ff.l.ſi pro fundo* 33. *C.hoc tit. l.cum proponas* 21.*l.petens* 27. *C.de pact. l.*5. *C. de contr. ſtip.* Quidam putant in *d.l.cum proponas* conventionem tranſactionis cauſa interpoſitam ideo ad

pro-

producendam obligationem & actionem efficacem non eſſe,quia ſerio & deliberato animo non interceſſerat: quam ob cauſam Impp.quod geſtum erat, placitum vocent, at non duorum plurium in idem placitum conſenſum: quaſi vero plurium conventio tranſactionis gratia interpoſita non ſit plurium in idem placitum, aut plurium in idem placitum conſenſus. Nec vero, ut illi contendunt, ſcripturæ illic mentio fit, quia ex ea conſtet tranſactionem factam certo ac præmeditato conſilio, ſed factam eſſe omnino: ea autem non interveniente alia probatione ſit opus, ut ex ipſo textu ſatis apparet. Et quid quæſo refert ad vim obligationis ſcriptura de negotio aliquo intervenerit, nec ne, dummodo id, quod actum eſt, probari poſſit? *l.cum res* 12. *C.de probat. l.pactum* 17. *C.de pact.l.*5. *C.hoc tit.* Sed hæc inter pactum & ſtipulationem differentia jure Canonum ſublata eſt,*c.*1.*&* 3. *x. de pact.* utique ſecundum communem canoniſtarum ſententiam. Sane moribus hodiernis eadem feriæ cujuſque pactionis, quantumvis nudæ, vis eſt, quæ ſtipulationis; nec pactum minus, quam ſtipulatio ad actionem prodeſt: & hoc ſimplicitati juris naturæ ac gentium omnino convenit, *l.cum amplius* 84. *§.*1. *de reg.jur.* de quo fuſius diſſero *tract.de pact. cap.*7.

2 Vel ſit per contractum innominatum do ut des,vel facias: veluti, *do tibi prædium,ut a lite diſcedas,l.ſi pro fundo* 33.*C.hoc tit. remitto actionem, ut mihi partem bonorum des*, *l.*6. *C. eod.* Denique quoties ſimili lege quid datur, aut fit ab uno: quo caſu ei qui dedit, aut fecit, in id quod intereſt, præſcriptis verbis actio competit *dd.ll.* nam quoties quid certa lege vel datum vel factum eſt, quod in utraque ſpecie *dd.ll.* ſupponendum eſſe, ratio deciſionis ſatis arguit, pacti natura exceditur, & contractus evadit innominatus, unde civilis incerti actio, id eſt, præſcriptis verbis exoritur, *l.juris gentium* 7.*§.*2.*ff.de pact.l.ſi dominus* 8.*in fin. l.ſolent* 15.*ff.de præſcr.verb. l.*6.*C.de jur.dot.*& huc transferri poſſunt,quæ nos *tract.de pact.c.*6.*n.*5.*&* 6.

3 Vel ſit per ſtipulationem Aquilianam, & acceptilationem, *l.*2. *l.pacto* 15. *ff.hoc tit.* (nam acceptilatio ſubſequatur neceſſe eſt, *l.*4. *l.ut reſponſum* 15.*l.ſi cauſa* 32.*C.eod.*idque addendum *d.l.*2.*&* *l.*15.*ff.eod.*)& tunc actio ipſo jure ſublata eſt,ut omnino amplius moveri non poſſit,*d.l.*4.*d.l.ut reſponſum,l.ſub prætextu* 19.*C.eod.l.ult.C.ſi adverſ.tranſ.*Declaremus rem exemplo: L.Titius cum P.Mævio judicio agens centum ab eo petit. Mævius ſe debere negat: Cum res eſſet dubia, convenit inter eos, ut Titius acciperet quinquaginta, & a lite diſcederet. Titius acceptis licet quinquaginta, poteſt nihilominus altera quinquaginta judicio petere; quoniam pacto tranſactionis actio ipſo jure ſublata non eſt: quamvis id pactum reo pariat exceptionem. Ut autem ipſo jure perimatur obligatio, in reliqua quinquaginta actor prius ita ſtipulabitur: *Quod ultra illa quinquaginta mihi debes*, daturum *te mihi ſpondes?* & reus reſpondebit, *Spondeo*; ac mox interrogabit actorem: *Habeatne acceptum id quod ita novandi animo ſtipulatus eſt*, & actor acceptum ferat.

4 Vel fit per ſtipulationem ſimplicem, veluti: *Dabis mihi centum, ut a li-*

a lite diſcedam? & tunc actio ex ſtipulatu datur, *l.cum mota 6. l.ſi profundo 33. C.hoc tit.*

5 Vel denique pactioni aut ſtipulationi antecedenti ſubjungitur etiam pœnalis ſtipulatio, veluti, *dabo tibi centum, ut a lite diſcedas. Spondeſne ergo te a lite diſceſſurum? & ſi non diſcedas, pœnæ nomine ducenta dare ſpondes? l.pacto 15. ff.l.promiſſis 37. l.ſi quis 41.C.eod.*& hoc conſultius eſſe ſcribit Paulus in *d.l.pacto, ff.eod.* nimirum ad evitandam difficultatem probandi id quod intereſt paciſcentis aut ſtipulantis, ſi promiſſis non ſtetur, *§.ult. Inſt.de verb. oblig.* hoc autem caſu ſi actor acceptis centum, ut a lite diſcederet,non deſiſtat, ſed litem adhuc moveat,liberum erit reo alterutrum facere, nempe vel exceptione pacti ſe tueri adverſus agere volentem, vel pœnam in ſtipulationem deductam petere: non autem ſimul & exceptione tranſactionis uti poteſt, & petere ducenta pœnæ nomine, niſi expreſſim convenerit, ut rato manente tranſactionis placito etiam pœnam petere liceat, *l.pen.ff.hoc tit.* nam tunc ex voluntate tranſigentium utrumque recte petitur. At ubi nominatim id non convenit, non eſt æquum, ut ſimul & ex ſtipulatione pœnali commodum ferat, ſed alterutro contentus eſſe debet, *l.reſcriptum 10. §.1. ff.de pact. l.ſi pacto 14. C.eod. l.ſi pater 12. §.2.ff.de pact. dot. l.4.§.Labeo 7. de except.dol.mal.fac.l.ſi quis 129.de verb.obligat.* Atque hinc explicandum & temperandum reſponſum Scævolæ in *l.qui Romæ 122. §.ult. d.tit.* ut recte ibidem Cujac.Duar.Donell. idem Cujac.in *l.reſcriptum §.1.* poſt Gloſſ.Bart.&c. *de pact.*

6 Plane ſi jurata ſit pactio vel tranſactio, & contra eam factum, placet eum, cujus intereſt, odio perjurii utrumque conſequi poſſe, & præterea qui fidem rupit, notatur infamia, *l.ſi quis major 41. C.hoc tit. & ibi DD.* quæ nova eſt Arcadii & Honorii conſtitutio perjurium arbitratu ſuo punientium: ſed noſtris & Gallorum moribus pœnæ hujus conſtitutionis non obſervantur, teſtib. *Zyp.not.jur. Belg. de pœn.verſ.pœn. Autumn. ad d.leg.41. Groenevveg.ibid.* & aliis illic allegatis.

7 Caſus nonnihil diverſus eſt, qui proponitur in *l. cum proponas 17. C.hoc tit.* Nam quod ibi reus, qui dedit, ut actor a lite diſcederet, actore litem inſtaurante, repetere poteſt,quod dedit,id non fit vi ſtipulationis pœnalis, ſed quia cauſa, ob quam datum erat, ſecuta non eſt, unde danti condictio ob cauſam dati re non ſecuta, quam habet etiam ſine ſtipulatione pœnali, *tit.ff.de cond.ca.dat.& C.de cond.ob ca.dat.*utique enim ſi nolit exceptione tranſactionis uti, neque in factum præſcriptis verbis agere, poterit repetere quod dedit,*l.5.§.1.& 2.ff.de præſcr.verb.*Quod ſi reus ſtipulatus ſit,ut actore fidem non ſervante, poſſit & exceptione tranſactionis uti,& ſimul data repetere, hæc eſt illa ſtipulatio pœnalis, de qua in *l.cum proponas, C.hoc tit.* cujus vis in eo poſita, ut utroque auxilio reus, ſi velit, fruatur, vid.*Hotom.in d.l.cum proponas, & quæſt.illuſtr.20.*

8 Porro aut pure fieri tranſactio poteſt, aut ſub conditione, *l.ſi ſuper 9. C.hoc tit.* & tam verbis generalibus, quam ſpecialibus: neque enim ne-

ceſſe eſt eum, qui tranſigit, negotia omnia aut lites recitare, *l.ſub prætextu* 29.*l.ſi de certa* 31.*C.eod.* nec refert interdiu, an noctu fiat, *l.non minorem* 20. *C.eod.* in judicio, an extra judicium, *l.ſive apud* 28. *C.eod.* ſcriptura interveniente, nec ne, ſive ut belle Græci, ἐγγράφως ἢ ἀγράφως, *l.*5. *d.l.*28. *C. eod.* Harmenop. *lib.*1. *tit.*10. §.2. Etenim ſcripturæ fieri ſolent, ut quod actum eſt, facilius probari poſſit: ceterum & ſine his valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem, *l.*4. *ff.de pignorib.* *l.*4. *ff.de fid.inſtrum.* Quod ſi per ſimulationem aliquid a tranſigentibus expreſſum eſt, quod in ſcriptura contineatur, id quod inter eos actum eſt magis, quam quod ſcriptum eſt, inſpiciendum erit, *l.cum ea* 21. *C.hoc tit.* *l.ſi ex pretio* 6. *C.ſi cert. pet. tot.tit. C. plus val. quod agit. quam quod ſimul. conc.* In tranſactione de alimentis forma & ſolennitas oratione D.Marci præſcripta, obſervanda eſt, quæ extat in *l.cum hi* 8. *ff.hoc tit.*

CAP. III.

Qui tranſigere poſſunt.

1 Tranſactio eſt ex genere prohibitorum: quamobrem ſic recte definiemus, poſſe omnes tranſigere, qui natura aut jure non prohibentur, *arg. l.mutus* 43. §.1. *ff.de procur.* *l.nec non* 28. §.2. *ff. ex quib. ca. maj.* & quoniam tranſactio eſt ex conventione, & conſenſu, hinc intelligimus eos, qui nullum intellectum aut animi judicium habent, tranſigere non poſſe, quales ſunt furioſi, mente capti, infantes, *l.in negotiis* 5. *de reg. jur.* *l.*1. §.*furioſus* 12.*ff.de oblig.& act.* §.*pupillus* 9. *Inſtit.de inutil.ſtipul.* Nemo autem ob morbum corporis tranſigere prohibetur, dummodo mente ſanus ſit, *l.ſanum* 27. *C.hoc tit.* fieri enim poteſt, ut morbus uſque ad animum quoque penetret, mentemque ſic afficiat invaletudo corporis, ut ipſa ſibi non conſtet, *l.*1. §.9. *l.*4. *ff.de ædil.edict.*

2 Sed neque pupillum infante majorem aut pubertati jam proximum tranſigere ſine tutoris auctoritate poſſe exiſtimo. Nam etſi ejus ætatis pupilli recte paciſcantur, ne quod debent, a ſe petatur, & tale pactum jure valeat, *l.contra* 28. *pr. ff. de pact.* tamen nec promittendo ſe obligare, nec remittendo alios liberare poſſunt: ſine quibus tamen tranſactio nulla eſt, *l.tranſactio* 38. *C.hoc tit.* Nec obſtat, quod hujuſmodi tranſactio, quatenus pupillis prodeſt, favore ætatis ſuſtinetur: nam & ætatis favore ſuſtinetur ſententia pro minore lata in ſpecie *l. non eo minus* 14. *C. de procur.* quamvis revera & inſpecta ratione juris nulla ſit. Sic etſi nulla venditio eſt earum rerum, quæ commercio exemtæ ſunt, *l.*6. *l.ſi emtione* 34. §.1. *ff.de contr.emt.* tamen ſi quid eorum deceptus a venditore emero, placet hactenus emtionem ſubſiſtere, ut actione ex emto conſequar, quod mea intereſt deceptum non eſſe, §.*ult. Inſt.de emt.& vend.* & ita cape *l.*4. *ff.d.tit.*

3 Plus

3 Plus dicimus, ne puberes quidem curatorem habentes ſine conſenſu ejus recte tranſigere, quoniam tranſactio in pleriſque inſtar alienationis eſt: certi vero atque explorati juris eſt, minores non poſſe abſque curatorum conſenſu res ſuas alienare. Utique litem remittere, aut dare aliquid, ut a lite diſcedatur, ſpeciem continet alienationis, & ad jus adminiſtrandi pertinet, quod minoribus curatorem habentibus denegatum eſſe conſtat. Itaque hoc ſolum hic quærendum relinqui videtur, an non ſaltem minoris tranſactio ſine curatore facta, non dato aliquo aut remiſſo, ſed promiſſo tantum, ipſo jure valeat, atque ex hac promiſſione ſua civiliter minor obligetur? Sed ne hoc quidem admittendum cenſeo: neque enim magis in minore id admittere poſſis, quam in eo, cui a prætore curatore dato bonis interdictum eſt; quippe cujus & minoris curatorem habentis parem in contrahendo conditionem faciunt Impp. in *l.3. C. de in int. reſt. min.* ſicut autem certum eſt prodigos promittendo ſe obligare non poſſe, *l.is cui 6. ff.de verb.obl. & ibi Gloſſ. & DD.* ita non minus pro certo habendum, tranſactionem qualemcunque a prodigo interpoſitam nullius eſſe momenti, atque ea communis eſt uſuque recepta ſententia prolixius a nobis defenſa *tract.de pact. c.13. n.13. & ſeqq.* Minores vero ſine curatore conſtituti tranſigere quidem poſſunt, valetque ipſo jure talis tranſactio: ſed ſi intra tempora legitima ſe læſos eſſe probaverint, cauſa cognita in integrum reſtituuntur, *d.l.3.C.de in int.reſt. min.& tit. C. ſi adverſ. tranſact.* Quare quod legitima ætas in tranſactione requiritur, *l.ſi major 22.l.ſi majores 25. C.hoc tit.* id eo pertinere ſciendum eſt, ne forte ob ætatem poſtea reſcindatur tranſactio, ſed ut rata maneat, eamque ſequatur pleniſſima ſecuritas. Quamobrem in univerſum ſic definire licebit, neminem jure & efficaciter tranſigere poſſe, niſi qui liberam habeat rerum ſuarum adminiſtrationem.

4 Ceterum ſunt etiam, qui alieno nomine recte tranſigunt, & quidem quin is tranſigere poſſit, cui ſpecialiter mandatum eſt, ut tranſigat, nemo, ut puto, dubitat. De procuratore quoque in rem ſuam conſtituto, ſive cui ceſſa aut mandata eſt actio, dubitandum non eſt, quin tranſigere ac decidere cum adverſario poſſit, cum poſſit & jusjurandum deferre, *l.jusjurandum 17.in fin.ff.de jurejur.* adeoque domini loco habeatur, *l.ſed ſi 13.§.1.ff.de pact. l.procuratori 55.ff.de procur.* ut magis in propria cauſa, quam aliena tranſigere videatur, *l.qui ſtipendia 19. C.de procur.*

5 Sed procurator ad agendum vel defendendum datus tranſigere non poteſt, niſi litis quoque deciſio ſpecialiter ei mandata fuerit, *l.tranſactionis 7. C. hoc tit. c.qui ad agendum x. de procur. in 6.* fines enim mandati diligenter cuſtodiendi ſunt, *l.5.ff.mand.* at qui tranſigit, litem non movet, ſed finit, unde nec mandato generali contineri tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam reſponſum eſt, *l.mandato 60. ff.de procur.* hoc eſt, ut ego interpretor, atque ex ipſo textu elicere videor, ne is quidem, qui ſimpliciter aut generaliter procurator ab aliquo conſtitutus eſt, etiam tranſigendi licentiam accepiſſe intelligitur, ſed litium duntaxat exercendarum poteſta-

 tem;

tem;ut proinde irrita ſit & hujus procuratoris tranſactio citra ſpeciale mandatum, aut ratihabitionem mandantis; quæ etiam Eguin. Baronis in *d. l. mandato*, & Franc. Duareni *cap.* 1. *ad hoc tit.* ſententia eſt. His porro & illud conſequens, nec actores defenſoreſve civitatis, municipii, aut corporis alicujus tranſigendi poteſtatem habere, extra quam ſi ſpeciale ad hoc mandatum habeant: & argumento eſt, quod nec aliter jusjurandum deferre queant, *l. jusjurandum* 34. §. 1. *ff. de jurejur.*

6 At vero procurator, cui generaliter libera bonorum omnium adminiſtratio commiſſa eſt, tranſigere, aliaque omnia facere, & audacter adminiſtrare poteſt, quæ dominus ipſe faceret, ſi præſens adeſſet, *l. procurator* 58. *ff. de procur. l. nam & nocere* 12. *ff. de pact. l. jusjurandum* 17. §. *ult. ff. de jurejur.* nec intereſſe putamus, utrum ſimpliciter alicui bonorum univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo *libera*: nam & illi libera, & neutri amplius, quam adminiſtratio permiſſa eſt: quodque uni licet, alteri quoque licere ex collatione *d. l. procurator*, & *d. l. nam & nocere*, multarumque aliarum, quas congeſſimus in *comment. ad* §. *nihil autem* 42. *Inſt. de rer. div.* manifeſte apparet, *add. Duar. ad. l.* 1. §. *per procuratorem* 20. *ff. de acq. poſſ. Don.* 4. *comment.* 15. *Vaud.* 1. *quæſt.* 47. ubi tritam illam diſtinctionem inter procuratorem omnium bonorum ſimplicem & cum libera, ut commentitiam merito improbant. Neque tamen cum dicimus eum, cui rerum omnium libera adminiſtratio permiſſa eſt, tranſigere poſſe, hoc ſic accipi volumus, ut poſſit etiamſi paratas habeat probationes, quibus id, quod intendit, aperte queat oſtendere: ſed ut poſſit, quando probationes ei deficiunt, & in cauſa domini plane dubia atque incerta. In levi autem dubio, aut re, licet non uſque certa, modico forte accepto a lite diſcedere non debet, & multo minus gratis remittere, quod domino deberi probe & plene docere poteſt: hoc enim non tam adminiſtrare eſt, quam profundere & diſſipare, *l.* 7. *ff. de donat.* & huc *fac. arg. ex l. contra juris* 28. *in fin. de pact. l. pactum* 22. *C. eod. l. præſes* 12. *C. hoc tit. l. tutor* 35. *pr. ff. de jurejur. l. Lucius* 46. §. *ult. ff. de admin. tut.* unde temperandæ atque explicandæ *l.* 21. *ff. de pact. l. jusjurandum* 17. §. 2. *ff. de jurejur.* & ſi quæ ſimiles.

7 Idem juris, quod habet generalis omnium rerum procurator, habent & tutores & curatores; nam & ipſi de re pupillorum & adoleſcentium recte tranſigunt, *l. Lucius* 46. §. *ult. ff. de adm. tut. l. ſi pignore* 54. §. *ult. l. interdum*, §. 4. *ff. de furt.* non aliter tamen, quam ſi jus illorum obſcurum & valde dubium ſit, nec probationes ſuppetant, per *l. tutor* 35. *ff. de jurejur.* aut ſi forte alias nihil ſint conſecuturi. Decidendi inquam, non deminuendi cauſa, *d. l. Lucius*, §. *ult.* Itaque recte Gail. 2. *obſ.* 72. tum demum ait valere tranſactionem tutoris, quando de juſtitia pupillorum plurimum dubitatur: aut cum forte ſumtus in exigendo & lite perſequenda faciendi, exceſſuri ſunt ipſius debiti quantitatem: nam & in dubio litis exitu præſtat partem accipere, quam periculum amittendi totius ſubire: & ſatius eſt accepto ali-

quo

Digitized by Google

quo a lite diſcedere, quam majores toto, quod conſequi poſſis, impenſas facere. Illud in confeſſo eſt, ſi per tranſactionem tutoris aut curatoris res pupilli aut adulti immobilis, aut quæ mobilis ex earum numero, quæ recenſentur in *l.lex quæ* 22.*C.de adm.tut.*in adverſarium transferenda ſit, eo caſu etiam judicis decretum interponendum eſſe, *d.l.*22.*l.*4.*C.de præd.& al. reb.min.*&c. In eadem cauſa ſunt & adminiſtratores civitatum, qui & curatores appellantur. Nam & illis permiſſum eſt de re civitatis dubia liteque incerta tranſigere: rem autem certam atque indubitatam fruſtra remittunt, *l.præſes* 12. *C.hoc tit.* ubi hujuſmodi remiſſiones a curatoribus civitatis factæ, ambitioſæ vocantur, & merito: non enim dubium eſt, quin eo facto affectent laudem liberalitatis aut ſplendoris, alioſque ſibi cupiant gratia & beneficio demereri: ambitio enim gratiam & favorem ſignificat, *l.*3. *C.de execut.rei jud.* apud Cic.*lib.*13.*epiſt.* religioſe & ſine ambitione commendare, eſt commendare ſine favore: apud Mecianum *l.ſervo* 65.§.2. *ff.ad ſen. Treb.* ambitioſe jubere reſtitui, eſt gratioſe & favorabiliter, φιλοτίμως decurionum decreta varia ratione per gratiam expreſſa, ambitioſa appellat Ulpianus *l.*4. *de decret.ab ord.fac.* ut & decreta præſidum, quibus ante legitimam ætatem adoleſcentibus rerum ſuarum committitur adminiſtratio, *l.*3. *ff.de minor.* Objicit huic ſententiæ Accurſius reſcriptum Severi & Antonini in *l.*5. *C.de uſur.* ubi tamen nihil ſimile.

8 Ajunt illic Impp. adverſus creditorem, qui per certos annos minores uſuras, quam cautæ erant, accepit, majores poſtea petentem, utilem eſſe exceptionem pacti: idque non tantum locum habere in privatis creditoribus, verum etiam adverſus rempublicam ſive civitatem, ſi forte defenſores civitatis minores uſuras longo tempore acceperint. Non ajunt, ſi id factum ſit ab adminiſtratoribus, ſyndicis, aut curatoribus civitatis, quorum negligentia aut factum, extra id quod eis mandatum eſt, rempublicam obligare non poteſt, *l.civitas* 27. *ff.de reb.cred.* ſed ſi id fecerint civitatis defenſores, id eſt, ipſi magiſtratus, qui totum reipub. corpus repræſentant, & quorum proinde negligentia, vel etiam ambitio, civitati quoque, quæ privatorum & communi jure hic utitur, *l.*16. *ff.de verb.ſign. l.nihil intereſt* 15. *ff.de ſenat.Maced.* nocere queat.

9 Defenſores autem civitatum paſſim in conſtitutionibus appellari ipſos civitatum magiſtratus, qui Græcis ἔκδικοι καὶ ςρατηγοὶ dicuntur, *l.*Θεσπίζομεν, 30. *C.de epiſc.aud.* ſatis nunc conſtat, *l.*2. *C. de annal. except.* §.*nos autem*. *Inſt. de Attil. tut.* & *tot.tit. C.de defenſ. civit.* Hoc vero diſcrimen cum Accurſius & Accurſiani interpretes non obſervaverint, magno molimine magnas nugas commenti ſunt, ut videre eſt apud Sichard. in *d.l.præſes, C. hoc tit.* An autem in caſu hic propoſito petenti reipublicæ concedenda ſit in integrum reſtitutio, non eſt quæſtio hujus loci, vid. Fort.Odd. *p.*1. 4.3. *art.*9. & *ibi allег.* Sichard.in *l.*4. *C.quib.ex cauſ.major.*

10 Procurator autem Cæſaris ſive principis, qui & rationalis, omnino tranſigere non poteſt: ac ne eo quidem caſu, quo rerum omnium procura-

tor

tor privati, aut curator civitatis de re domini aut civitatis recte tranſigit; id eſt, nec ſi jus principis ambiguum & obſcurum eſſe conſtet, niſi ſpecialis accedat Principis conſenſus: ſic enim intelligenda puto verba Æmilii Macri in *l. nulli* 13. *ff. hoc tit. Nulli procuratorum Principis inconſulto Principe tranſigere licet*; id eſt, ſine ſpeciali Principis mandato. Excipiunt Gloſſa, Bart. Jaſ. niſi tranſigendo rem dominicam retineat, & tantum aliquid aliud viciſſim det: quia utique meliorem Principis conditionem facere poteſt, per *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. proc. Cæſ.* quam exceptionem probat & Perez. in *Cod. hoc tit. n.*4. Sed quid intereſt, rem, de qua controverſia eſt, rationalis remittat, & aliud viciſſim pro ea accipiat; an rem ipſam retineat, aliud viciſſim det? Nam & hoc modo tranſigendo alienat, quod ei nullo modo permiſſum ſine expreſſo conſenſu Principis, *d. l.* 1. §. 1. *ff. de offic. proc. Cæſ.* Præſtat itaque rejecta iſta exceptione jus tranſigendi procuratori rei dominicæ ſimpliciter denegare cum Baldo, Caſtrenſ. Duar.; niſi ad hoc ſpeciale mandatum habeat: maxime cum ita ſerviamus etiam verbis juriſconſulti in *d. l. nulli, hoc tit.* quod in re dubia melius eſſe docet Ulpian. *l.* 1. §. *licet autem* 20. *ff. de exerc. act.* Enimvero ſi rationalis tranſigendo utiliter rem Principis geſſerit, dubium non eſt, quin eam tranſactionem ratam habere Princeps poſſit. Sed hæc nihil ad propoſitum facit, cum & pupillorum & minorum curatorem habentium tranſactio, quatenus ſibi proſunt, ſuſtineatur, ut dictum ſupra circa initium hujus *cap.*

11 De illo non ſatis convenit, an & quatenus patris de rebus filii tranſactio procedat & filio obſit. Et de bonis filii emancipati patrem tranſigere non poſſe, Ulpianus in *l. de re* 10. *ff. hoc tit.* reſpondet: nec mirum, cum filius emancipatus extranei loco habeatur, §. 3. *Inſt. de hered. qual. & diff.* nemo autem de rebus extranei tranſigendi jus habet ſine ejus mandato, *l.* 3. *pr. ff. hoc tit. l. ſi unus* 27. §. 4. *ff. de pact.* qua de cauſa nec matris tranſactio liberis obeſt: nempe quia liberi matri extranei ſunt, *d.* §. 3. *Inſt. de hered. qual. l.* 5. *ff. de adopt. junct. d. l.* 27. §. 4. Sed & filius emancipatus, ut quivis alius paterfamilias, pleno jure bona poſſidet, *l. paterfam.* 182. *ff. de verb. ſign.* Utique tamen ſi filius emancipatus in prima adhuc ætate ſit conſtitutus, pater, utpote qui legitimam ejus tutelam ex emancipatione nanciſcitur, idem jus circa tranſactionem de rebus filii emancipati habet, quod ceteri tutores, & ita temperanda *d. l. de re* 10. *ff. hoc tit.* Quid ſi filius ſit in poteſtate? Diſtinguenda ſunt peculia: nam in caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l.* 2. *ff. de SC. Maced. l. ult. C. de inoff. teſt.* ac proinde patri hic nullum jus. Ex contrario peculium profectitium pleno jure eſt patris, & ideo de eo, tanquam de re propria, recte tranſigit. De bonis vero adventitiis ita ſtatuendum. Quorum bonorum adventitiorum uſusfructus ad patrem pertinet, de his quoque bonis tranſigere pater poteſt. Ratio eſt, quia pater non modo horum bonorum uſumfructum habet, ſed etiam legitimam adminiſtrationem, *l. ult. C. de bon. quæ lib. in poteſt.* Et quidni igitur idem hic jus patri ut adminiſtratori, concedatur, quod

ce-

ceteri tutores & curatores habent in rebus eorum,quorum tutelam aut curam gerunt, ut ſcilicet etiam tranſigere pater de bonis iſtis filii in cauſa dubia liteque incerta poſſit?ita *Accurſ.in d.l.de re,& ceteri ibid.*& in *l.præſes, C.eod.* Non moveor objectione Cujacii, quod hoc admiſſo fieri poſſit, ut tranſactione fructuarii lædatur proprietas, quæ filio competit. Quid enim, an tutori potius aut curatori concedendum, ut pupillo aut minori plenam intervertant proprietatem? Præterea & patris hæc adminiſtratio privilegiata eſt: nam tutores & curatores pro adminiſtratione ſua cautionem præſtant, *tit.ff.rem pup.ſalv.* pater non præſtat, *d.l.ult. §.4. C.de bon. quæ lib.* quod haud dubie conſtitutum eſt ob reverentiam paternæ poteſtatis, & juris antiqui, quo proprietas quoque illorum bonorum patri quærebatur. Nemo igitur mihi dicat eum, qui plus præſtat cautionis, etiam plus juris habere debere: nam etſi hoc procedit in perſonis ejuſdem conditionis, minime tamen locum habet, ubi aliquid eſt in una perſona, quod vel exæquet vel etiam ſuperet qualemcunque cautionem alterius, ut in ſpecie, quam hoc loco tractamus. Eſt tamen hic adhibenda diſtinctio aliqua ex *d.l.ult. §.3.* videlicet, ut ſi filius ſit juſtæ ætatis, tunc etiam filii conſenſus in litis tranſactione adhiberi debeat, ſicut & in movenda actione; ſin minus,patris ſolius ſufficiat: qua diſtinctione etiam Cujacius in *d.l.de re,ff.hoc tit.* uti debuerat, non ſimpliciter filii conſenſum exigere. Superfluum jam & ineptum eſſet monere hic, non aliter patris ſuper re filii propria tranſactionem procedere, quam ſi ex juſta cauſa & bona fide tranſactio fiat, quod nonnulli faciunt, inter quos & Borcholt. *c.4. n.11.ad hunc tit.* Nam qui ſuper re plane dubia & probationibus deficientibus aut cum conſenſu ejus, cujus res eſt propria, tranſigit, non poteſt non videri bona fide & juſta ex cauſa tranſigere. Illud non ex certa aliqua & explorata auctoritate juris, ſed ex communi interpretum ſententia & probabili ratione receptum eſt,ut quamvis tutorum & curatorum de rebus pupillorum vel adultorum immobilibus, iiſve mobilibus, de quibus Conſtantinus in *l.22. C.de adm. tut.* tranſactio ſine interpoſitione decreti magiſtratus non procedat, patre tamen de bonis filii adventitiis, ut fructuario & ſimul legitimo adminiſtratore, tranſigente,decreto non ſit opus,*Jaſ.& alii in l.præſes 12.C.hoc tit.Gail.2. obſ.72. n.14.* quam ſententiam & Bachovius probat *c.3. de tranſact.*

12 Poſtremo & illud quæſitum eſt, an vaſallus de feudo tranſigere poſſit inconſulto feudi domino. Et video pleriſque placere hanc diſtinctionem, ut ſiquidem vaſallus ipſe feudum poſſideat, tunc ſine conſenſu domini non poſſit neque in totum neque pro parte illud in alium decidendo transferre; ab alio vero poſſeſſum poſſit relinquere poſſeſſori, *Tiraq.de retract.gentil.tit.1. §.1. Gloſſ.14. n.66. Clar. §.feudum, quæſt.38.VVeſ.conſ.70. n.13. Borcholt. de feud. c.8. n.44.* Ceterum hanc diſtinctionem non videntur pati poſſe textus in *c.un.de controv.int.vaſall.& al.de ben.& cap.ſi vaſallus de beneficio, ſi de feud.def. contr.* quibus locis permittitur vaſallo transigere cum adverſario etiam in præjudicium domini & ſine ejus conſenſu,

dum-

dummodo fraude careat tranſactio : idque non modo ſi agat vaſallus , verum etiam ſi conveniatur : quo tamen poſteriore caſu nihil in præjudicium domini vaſallus facere poteſt , niſi in actorem feudum ipſum aut partem feudi transferat : nam rei non feudalis alienatio ſicut jus domini omnino non lædit , ita nec conſenſum ejus ullo modo deſiderat . Quamobrem rectius fortaſſis illi ſentiunt, qui poteſtatem de feudo tranſigendi vaſallo ſimpliciter concedunt , dummodo tranſigat bona fide & ſine colluſione : rejecta etiam illa aliorum diſtinctione , utrum tranſactio cum alio convaſallo, an cum plane extraneo interponatur , *Alvarot. in d.§.un.verſ.nota quod vaſallus , Curt. de feud. part.4.cauſ.41.quæſt.7.Zaſ.part.9.de feud.alien.Duar, §.12. n.10. Schenck. in d.§.ſi vaſallus , add. deciſ.cur. Holland.7.*

CAP. IV.

De quibus rebus tranſigere poſſumus.

1 *Ut procedat tranſactio , vel metus litis ſufficit , ubi explicatur* l.65. §.1. de condict. ind.
2 *Tranſactio per calumniam expreſſa non valet .*
3 *Quacunque ratione res dubia ſit, etiam citra litem aut metum litis , procedit tranſactio .*
4 L.ſi de certa 31.C.hoc tit. *expoſita .*
5 *De re judicata fruſtra tranſigitur .*
6 *Explicatur* l.ſi cauſa 32. C.hoc tit.
7 *Quid ſi ſententia jure non ſubſiſtat .*
8 *Quid ſi ab ea appellatum ſit , aut appellari poſſit, aut in dubium vocetur, an judicatum .*
9 *Quid ſi reſtitutio in integrum impetrata , aut poſtulata adverſus ſententiam , ubi quædam notabilia in praxi .*
10 *Quid ſi ſuper inſtrumento guarantigiato , poſt rem jurejurando deciſam, poſt confeſſionem judicialem , tranſactio interpoſita .*
11 *Tranſactionem admittunt actiones omnes , tam in rem , quam in perſonam , etiam præjudiciales : ubi quædam non ubique obvia .*
12 *An tranſactioni locus in cauſis matrimonialibus .*
13 *Etiam quæ ex maleficio naſcuntur actiones , cum civiliter agitur, tranſactionem admittunt , ubi nonnulla , quæ hactenus non ſatis explorata .*

1 OBjectum ſive materia tranſactionis ſunt res dubiæ & litigioſæ , de quibus ſcilicet vel nunc lis ſit , vel in futurum eſſe poſſit, aut metuatur , *l.1. ff.l.2. C.hoc tit.* nam litem motam eſſe nihil neceſſe eſt : ſatis eſt , ſi eſſe poterit , & reus ob id aliquid dederit , aut caverit, quia lis metuebatur ,

tuebatur, exempl. *in d.l.2.C.hoc tit.* atque ita quoque nonnulli accipiunt, quod dicitur in *l.in ſumma 65.§.1. ff.de condict.indeb.quod tranſactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur*: ſed melius alii cum Accurſio verbo *rei* iſtic debitum intelligunt, quaſi JC. dixiſſet, licet debitum nullum fuerit, dummodo lis fuerit: hoc enim eſt, quod mox ſequitur, *nam ſi lis fuit*, &c. cui ex aliis locis addendum, *aut timor futuræ litis*, utique quod tranſactionis cauſa datum eſt, tanquam indebitum repeti non poſſe, non uno loco traditum eſt, *l.2.C.de cond.indeb.l.ſi non 6. C. de jur. & fact. ign. l.ſi tranſactionis 11. C.de non num. pec.* quippe cum non minor ſit vis tranſactionis, quam rei judicatæ, *l.non minorem 23.C.hoc tit.* quod autem ex cauſa judicati ſolutum eſt, jure condictionis non repetitur, *l.1. C.de cond. indeb. l.ſi fidejuſſor 29. §.pen. ff.mand.*

2 Plane ſi per evidentem calumniam tranſactio ſit expreſſa, ſeu is qui ſciens nihil ſibi deberi, aliquid extorſit terrore litis, ut ab ea deſiſteret, tunc & tranſactio inſpecto exitu nulla eſt & repetitio datur, *d.l.in ſumma, §.1. ff.de cond. indeb.l.cum hi 8.§.ſi cum lis 20.ff.hoc tit.* quia non tam tranſactio, quam ſordida concuſſio facta intelligitur, *l.1.§.pen.ff.de calumn. Duar. c.2. ad hunc tit. Tulden ad Cod. hoc tit. num.1.*

3 Sed & porro licet neque moveatur lis, neque metuatur, ſi tamen alia ratione res dubia & incerta ſit, tranſactio valet: velut ſi ſpes fideicommiſſi propter incertum conditionis modico præſente accepto remittatur, *l.1. C.de pact. l.de fideicommiſſo 11. C.hoc tit.* Idem eſt, ſi cui uſusfructus relictus ſit, aut ſalarium annuum homini honeſtioris loci, quia incertum vitæ tempus rem aut quantitatem incertam facit, *l.cum hi 8.§.ſi in annos 23.ff.hoc tit.* Quamobrem ſomnium mihi obrepſiſſe videtur D.Zœſio *ad hunc tit.n.15.* neganti res dubias ex alia cauſa, quam propter litem, ponere tranſactionis materiam. Eadem ratione & de alimentis relictis liceret tranſigere, quoniam neſcitur, quamdiu alimentarius victurus ſit. Sed alia ratio D.Marcum movit ne hic permitteret tranſactionem ſine auctoritate prætoris, *l.8. pr.ff.hoc tit.* de quo poſtea uberius.

4 De re autem certa ſive de negotio, de quo nullum dubium eſt, nec lis, nec metus litis, tranſactio interpoſita nullius momenti eſt. Neque obſtat *l.ſi de certa re 31. C.hoc tit.* nam per rem certam, non quæ dubia non ſit, ſed non aliquam unam *μίαν ἀιτίαν*, non *πρᾶγμα δηλῶν*, Imperatores eo loco intelligunt, & tranſactionem non niſi ad eam rem, de qua agitur, pertinere reſcribunt, etſi verbis pacti, *nihil amplius peti*, adjectum non ſit, *eo nomine*: quia nimirum id ſemper conſiderandum, quod actum eſt, *l.ſemper 34. de reg. jur. l.qui cum 9. in fin. ff.hoc tit.*

5 Quoniam igitur nulla tranſactio eſt niſi rei litigioſæ aut dubiæ, conſequens eſt de re judicata tranſigi non poſſe; utpote quæ finem controverſiæ inter partes facit litemque dirimit, *l.eleganter 23.§.1. ff.de cond. ind. l.ſi cauſa 32. C.hoc tit. junct. l.1. de re jud.* Non eſt contrarium, quod Imperatores in *d.l.ſi cauſa*, addunt, *ſi non Aquiliana ſtipulatione & acceptilatio-*

Ff *ne*

Digitized by Google

ac ſubſecuta competentem tibi actionem peremiſti.

6 Poteſt enim ſtipulatio Aquiliana & acceptilatio donandi cauſa fieri, & per eam jus liquidum remitti, *l.& uno* 18.§.1. *ff.de acceptil.§.*1.*&* 2.*Inſt. quib.mod.toll.obl.* quod cum fit, non tranſactio eſt, ſed pura puta liberalitas; non minus, quam ſi pacto res certa & indubitata remittatur, *l.*1.*ff.hoc tit.* imo vel magis, quia pactum tantum ad exceptionem prodeſt: acceptilatio etiam ipſo jure obligationem actionemque tollit. Quis vero eſt, qui non riſu dignum judicet in hunc modum argumentantem: actio rei judicatæ per ſtipulationem Aquilianam & acceptilationem perimi poteſt: Aquiliana ſtipulatio & acceptilatio in tranſactione locum habent, *l.*2.*l.pacto* 15. *hoc tit.* Ergo tranſigi poteſt ſuper re judicata. Quamobrem neſcio quid Donello in *d.l.ſi cauſa* in mentem venerit, qui ſine ulla neceſſitate contra perpetuum Latini ſermonis uſum hæc reſcripti verba, *ſi non acceptilatione competentem tibi actionem peremiſti*, non pro conditione accipienda eſſe contendit, ſed pro ratione ejus, quod conſulenti reſponſum fuit; quaſi ſcriptum eſſet, *quia non peremiſti*, & qui hoc probari potuit D.Perezio *ad hunc tit C.n.*6. Plana eſt reſcripti ſententia, nimirum poſt rem judicatam, quæ neque appellatione, neque in integrum reſtitutione ſuſpenſa ſit, tranſigenti ſalvam manere judicati actionem, niſi eam interpoſita ſtipulatione Aquiliana, & ſecuta donationis cauſa, acceptilatione peremerit: quippe quæ & pacto ex liberalitate remitti poteſt, *Paul.*1.*ſent.*1.*§.ult. Poſt rem judicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet*. Et recte igitur etiam Græci ſub *hoc tit.* in Baſil. *τοιγαροῦν εἰ μὴ ἀκυλιανῆς ἐπερωτήσεως καὶ ἀποχῆς καὶ ἀμεριμνείας ἐπακολουθησάσης τὴν ἁρμόζουσάν σοι ἀνεῖλες ἀγωγὴν*, *&c.* eodemque modo reſcriptum iſtud explicant *Accurſ. Salic. Jaſ. & alii*, *Mynſ.*4. *obſ.*47.

7 Ceterum ut tranſactio poſt rem judicatam interpoſita intelligatur nullas vires habere, neceſſe eſt, ut ſententia jure ſubſiſtat, *d.l.eleganter* 23. *§.*1.*ff.de cond.ind.* nam ubi ſententia non valet, nec judicatum intelligitur, *l.*4.*§.judicatum, ff.de re jud.l.*4.*C.de ſent.& interloc.* veluti ſi ſententia non contineat abſolutionem aut condemnationem, *l.*3.*C.d.tit.* ſi a non competente judice lata ſit, *l.*6.*§.quid ſi* 10.*ff.de injuſt.nupt.l.*1.*§.ult.ff.ad Tertull.* ſi manifeſtum errorem contineat calculi, *l.*1.*§.*2.*ff.quæ ſent.ſin.app.reſc.* ſi ſine certa quantitate prolata, *tit.C.de ſent.quæ ſin.cert.quant.* ſi pronuntiatum ſit cauſa non cognita, *l.ex ſtipulatione* 7.*de ſent.& interloc.* unde exempli gratia in *d.l.ſi cauſa* 32. *C.hoc tit.* exigitur, ut ſententia prolata ſit cauſa cognita. Denique ne ſingula commemorem (quod non eſt hujus loci) ipſo jure nulla eſt ſententia, ac proinde non impedit, quominus adhuc tranſigi poſſit, quæ lata eſt contra leges conſtitutioneſve principum, *l.*2.*C.quand.prov.non eſt nec. l.*1.*§.*2.*quæ ſent.ſin.arg.l.ſi expreſſim* 19.*ff.de appell.* ubi, ut hoc obiter moneam, rigor rectitudinem ſignificat, ut apud ſcriptores de limitibus; & *contra juris rigorem* J.C. idem eſt quod contra tenorem & formam juris, ſicut apud Quintilianum *lib.*9.*c.*3. *rigor orationis*, pro tenore perpetuo ſui ſimili.

8 Sed

8 Sed nec ſatis eſt ſententiam jure prolatam eſſe, niſi & effectum habuerit, atque, ut vulgo nunc loquuntur, tranſierit in vim auctoritatemve rei judicatæ. Nam ſi a ſententia appellatum ſit, placet adhuc tranſactioni eſſe locum, *l.& poſt 7. ff.l.ſi cauſa 32.C.hoc tit.l.eleganter 23.§.1.ff.de cond. ind.* & recte: nam per appellationem res eo deducitur, quaſi nec judicata ſit, & præcedens pronuntiatio interim pro extincta habetur, *l.1. §.ult.ff.ad SC.Tertull.* Et ſic hodie licet ſententia lata ſit a judice, a quo non provocatur, puta a Curia ſupremæ juriſdictionis ſive provocationis ultimæ, adhuc poſt reviſionem impetratam de ea ſententia recte tranſigitur; quia reviſio ſpeciem appellationis continet, *Buſ. ad. d.l. & poſt, ff.hoc tit.* Quinimo etſi nondum appellatum ſit, dummodo appellari adhuc poſſit, nihilominus tamen de judicato tranſigere licet, *d.l.& poſt*. Eo amplius, ſi vocetur in dubium, an judicatum ſit, an ſententia valeat, an provocari poſſit, nec ne, tranſactio adhuc fieri poteſt, *l.poſt rem 11.ff.hoc tit.d.l.eleganter, §.1.ff.de cond.ind.* Unde apparet omnino adhuc tranſigi poſſe poſt cauſæ concluſionem; quia etiam tunc adhuc eſt dubius litis eventus.

9 Porro cum quod jure communi appellatio facit, id in perſona minorum efficiat reſtitutio in integrum, *l.præſes 42.ff.de minor. tit.C.ſi adv. rem jud.* ideo conſulto Impp.in *d.l.ſi cauſa 32.C.hoc tit.* addunt, *vel integrum reſtitutionis ſolemnitate ſententia ſuſpenſa non eſt.* Nam reſtitutione in integrum impetrata, imo & poſtulata tantum, omnia integra ſervari & in ſuo ſtatu manere debent, neque ea pendente quicquam innovari, quaſi dubia adhuc lis ſit; atque interim executio ſententiæ adverſus minorem latæ ſuſpenditur, haud ſecus ac ſi interpoſita eſſet appellatio, *l.un. C.in int. reſt.poſtul.ne quid nov. junct.d.l.præſes, & d.l.ſi cauſa*. Excipitur hic jure canonico, ſi cauſa reſtitutionis altiorem indaginem & inquiſitionem deſideret, & æquum videatur ſententiam interim executioni mandari, *c.ſuſcitata x.hoc tit.* At enim ea res non impedit, quominus & hic, utpote in re adhuc dubia & lite incerta, procedat tranſactio, quippe cum nec victori eodem jure permittatur ſententiam pro ſe latam exequi, niſi prius idonee caverit, ſe redditurum, quod vi ſententiæ perceperit, ſi in cauſa reſtitutionis obtinuerit adverſarius, *d.c.ſuſcitata*, quod jus quia ſummam rationem habet, non modo uſu forenſi ubique nunc receptum eſt; verumetiam longius productum, propterea quod plerumque remorandæ executionis gratia reſtitutiones poſtulantur, *Sande lib.1. tit.8. defin.4. Neoſtad. dec.73. ſupr. cur. Holl. Mynſ.1. obſ.48.& 6. obſ.80. Ant.Fab. C. ſuo for. defin.1. ad tit.de in int.reſt. poſt Tulden.ibid.n.2.& 3. Chriſtin.vol.2. deciſ.137. Duar. ad hunc tit.c.2.Groenevv.de ll.abrog.ad d.tit.C.* & plures illic citati. Ut igitur concludamus cum Ulpiano in *d.l.eleganter 23.§.1.ff.de cond.ind.* quod reſcriptum eſt, poſt rem judicatam interpoſitam tranſactionem nullius eſſe momenti, id tunc locum habet, cum de ſententia indubitata, & quæ nullo remedio attentari queat, tranſigitur. Cum autem hodie fere confuſa ſint pactionum & tranſactionum nomina, putant quidam non minus tranſactio-

 nem

nem quam pactionem etiam de re judicata, aut alias certa atque indubitata interpoſitam nunc ratam eſſe, Autumnus *confer. du droict. ad l.7. §.1. hoc tit. Groenevv. de ll.abrog.ibid.*

10 De inſtrumentis guarantigiatis,quæ paratam habent executionem, idem hic ſtatuendum eſſe, quod de re judicata, cenſet cum Bartolo, & Baldo, Buſius in *l.poſt rem 7. n.6.hoc tit.* quia talia inſtrumenta inſtar rei judicatæ ſunt certa; niſi quid in iis illiquidum ſit, aut niſi ſuper formæ aut fidei defectu ſit quæſtio, *arg. l.ult.C.plus val. quod agit.* Tantundem dicendum eſt, ſi res jurejurando deciſa fuerit, per *l.1. & l.2. ff.de jurejur.* Item de confeſſione judiciali, quoniam & ea certa eſt; cum confeſſi in jure pro judicatis habeantur, & ſua quodammodo ſententia condemnentur, *l.1.ff. de confeſſ.* niſi forte confeſſio per errorem facta ſit: quia non fatentur, qui errant, *l.2. ff.eod.tit.*

11 Admittunt porro tranſactionem actiones omnes ſive in rem ſint,ſive in perſonam; nec tantum actio in rem ſpecialis, *l.ſi ſuper 9. l.ſi pro fundo 33. C.hoc tit.* ſed etiam univerſalis, ſeu qua de univerſitate agitur, puta petitio hereditatis, *l.3. pr.l.controverſia 14.ff.l.ut reſponſum 15.C.eod.* querela inofficioſi teſtamenti, *l.cum mota 6. C.eod. l.ſi inſtituta 27. ff.de.inoff. teſt.*Item actiones præjudiciales, quibus de ſtatu & conditione perſonæ agitur (quæ ipſæ in rem eſſe videntur, *§.præjudiciales, Inſt.de action.*) *l.ultim. C.hoc tit.*ubi tranſactio admittitur in cauſa liberali etiam contra libertatem Sed nempe tranſactio illa non interponitur inter dominum & ſervum(quippe tranſactio inter dominum & ſervum conſiſtere nequit: quoniam quod in tranſactione requiritur, nihil ſervo, quod ejus proprium fiat, dari poteſt, *l.interpoſitas 13. C.hoc tit. junct. l.acquiruntur 10.§.1.ff de acq.rer.dom.*) ſed inter dominum & eum, qui ſervum in libertatem aſſerebat, ut deſiſtat. Ceterum ex quo Juſtinianus aſſertiones ſuſtulit, *l.1. C.de.aſſert.toll.* ſervus ad libertatem proclamans juxta *d.l.1.* cum domino tranſigere poſſe cœpit, non ut liber fiat, quod pactione effici non poteſt, *l.ingenui 6. C de ingen. manum.* ſed ne amplius ei de libertate controverſia moveatur. Quare etſi is, qui ſe dominum dicebat, & tranſegit, vere dominus ſit, valebit tamen adverſus eum facta ſuper liberali cauſa tranſactio: & poteſt ſervus quæſita alicunde pecunia aliquid domino dare, *l.vix certis 53. ff.de jud.l.4.pr.ff.de manumiſſ. §.3.Inſtit.de noxal.action.* Ex contrario autem, ut ſervus maneat, tranſigi non poteſt, propter eandem rationem, *l.nec ſi volens 6. C.de lib. cauſ.* neque in *d.l.ult. C.hoc tit.* poſt tranſactionem prohibetur nova in libertatem aſſertio, cum ea etiam poſt rem judicatam iterari potuerit: ſed rata interim habetur tranſactio, id eſt, tamdiu vis tranſactionis durat,quamdiu incerta manet perſonæ ejus, cui controverſia ſtatus mota fuerat, conditio. At repertis forte poſtea novis inſtrumentis, quibus nunc libertas probari facile poſſit, adhuc tamen jus in libertatem aſſerendi negare durum ſane fuerit, & perquam inhumanum in re omnibus aliis favorabiliore. Sed neque Juſtinianus in *d.l.1. C. de aſſert. toll.* ſuſtulit licentiam proclamandi

in

in libertatem: ſed difficultatem aſſertorum, & iterationem cognitionis; quippe bis terque repetere licebat, *d.l.*1. quod & Cicero pro domo ſua ſignificat, cum ait, in ſola liberali cauſa rem judicatam referri licere: nempe ſi contra libertatem judicatum fuerat, non ſi pro libertate: nam ſententia ſemel pro libertate dicta retractari non potuit, *l.ſi dolo* 24. *ff.de dol. mal. Hotom.ad d.l.ult. C.hoc tit. Cujac.par. C.de aſſert. toll.*

12 Quæſitum an ſuper cauſa matrimoniali tranſactio interpoſita rata haberi debeat, ſi forte parentes puellæ & juvenis controverſiam inde motam per tranſactionem voluerint amicabiliter componere. Et ſiquidem conſervandi matrimonii gratia tranſactio intervenerit, puta ut ſponſa maneat ſponſa, uxor maneat uxor, placet tranſactionem valere. Nam etſi antea ſponſa non fuit, tamen ex novo iſto conſenſu & tranſactionis placito ſponſa eſſe incipit: & ita ſæpiſſime matrimonia conciliari ſolent, patre puellæ majorem forte ſummam dotis nomine promittente. Et quamvis matrimonia libera eſſe debeant ab omni metu pœnæ, etiam pecuniariæ, *c.gemma* 29. *X.de ſponſal.* Attamen ſæpe fit, ut quis ſpe lucri ad matrimonium invitetur; textus eſt notabilis in *l.Titio centum* 71. *§.*1. *ff.de cond. & dem.* Ceterum ſi tranſactio ad diſſolvendum matrimonium comparata ſit, quia forte pater puellæ certam pecuniæ ſummam promittit, ut juvenis ab actione obtentu matrimonii contra filiam inſtituta deſiſtat, vel contra; talis tranſactio merito improbatur, propter indiſſolubile vinculum matrimonii, *c.fin. & ibi DD. x. hoc tit. ca.an quod, & cap.quos Deus* 33. *quæſt.*2. *Schneid. ad §.item ſi* 11. *Inſt. de act. n.*38. *Alciat. in l.ult. C.hoc tit. ſub fin.*

13 In actionibus quoque in perſonam nihil refert, utrum de una re dubia, an de pluribus contendatur: nam & de negotiis alienis geſtis, de adminiſtratione tutelæ, ſive de actionibus inde naſcentibus recte tranſigitur, *l.*3. *cum aliquot ſeqq. C. hoc tit.* Imo etſi ex maleficio naſcatur actio, licita tamen eſt tranſactio, cum civiliter agitur, *l.*7.*pr. ff.de cond.furt. l.interdum* 56. *§.*5.*de furt. l.*13. *C.eod.* Licita eſt, inquam, de maleficio jam commiſſo: nam ſi nondum ſit commiſſum, & quid detur aut promittatur, ne fiat, aliud juris eſt, *l.jurisgentium* 7. *§.*3. *l.ſi unus* 27. *§.*3. *&* 4. *ff. de pact.* Atque hic tranſactionis etiam nudo pacto interpoſitæ interdum ea vis eſt, ut per eam ipſo jure tollatur actio, ut actio furti & injuriarum: quia *lex* 12.*tabb.* his caſibus paciſci expreſſe permiſit, *l.*7.*§.*14. *l.ſi tibi* 17. *§.*1. *d.l.ſi unus* 27.*§.*2. *verſ.ſed ſi, ff.de pact. junct.l.*6.*eod.* interdum per exceptionem, ut ſi tranſactum ſit de actione legis Aquiliæ, aut interdicto unde vi, quatenus privatam cauſam contingit, *d.l.ſi unus, §.*4.*verſ.item ne.* Enimvero etſi actio nulla poſt tranſactionem ſupereſt; ſi tamen actio ex maleficio talis ſit ut damnatum ſequatur infamia, (quales actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo, *l.*1. *ff.de his qui not.infam. Inſt.§.*2.*de pœn.tem.litig.*) reus, qui tranſigit pretio dato, liberatur quidem ab actore: ceterum notam non effugit infamiæ, *l.*4.*§.ult.l.*5. *l.*6. *§.*3.*d.tit.* qui textus omnes de pacto tranſactionis cauſa facto loquuntur. Quod ſi quis gratis paciſcatur, aut pretio

qui-

Digitized by Google

quidem, ſed prætore auctore, non notatur, *d.l.6. §.3.& 4.* Sed & ſi talis ſit actio, ex qua damnatum non ſequitur infamia, qualis eſt actio legis Aquiliæ, & interdictum unde vi, aliudve ex maleficio deſcendens (nullum enim interdictum famoſum eſt, *l.neque 13. ff.de vi, & de vi arm.*) non notatur infamia, qui cum pretio ſeu dato aliquo paciſcitur, licet ſine prætore. Itaque manifeſte fallitur Pacius ad *l.transigere 18. C.hoc tit.* putans de delicto privato gratis tantum paciſci licere non data pecunia. Quod autem diximus eos, qui de actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, aut doli mali tranſigunt, ſeu pretio dato paciſcuntur, infames fieri; id ſciendum eſt pertinere ad tranſactiones, quæ fiunt poſt in jus vocationem, ubi jam in jure apud prætorem res agitur, aut poſt litem conteſtatam pendente judicio. Nam ideo hi infames fiunt, quia pro confeſſis habentur, *l.5.ff.de his qui not.infam.* confeſſi autem pro judicatis, *l.1.ff.de conf.ſ.* Secus igitur erit, ſi tranſactio facta ſit judicio nondum inſtituto. Nam ſi ne vera quidem extrajudicialis confeſſio facit, ut reus habeatur pro judicato, per *l.poſt rem 56. ff.de re jud. l.un. C. de confeſſ.* multo minus id efficiet ficta: ſiquidem plus valere fictio non poteſt, quam veritas. At ficta tantum eſt confeſſio, ſi quis pretio dato paciſcatur, *d.l.5.de his qui not.inf.* quare qui de furto, injuria, rapina, dolo tranſigit, antequam cauſa apud prætorem aut in judicio tractari cœpta ſit, is in ea cauſa eſt, ut non notetur infamia. Quidam putant ne eos quidem, qui poſt acceptum judicium tranſigunt de his cauſis, ex ſola pactione infames fieri: quoniam nec confeſſi in judicio apud judicem datum pro judicatis habentur, ſed pro convictis potius, utpote qui poſt confeſſionem etiam ſententia judicis damnari debent, *l.3. l.5. l.ult. ff.de confeſſ.* ut hæc confeſſio non tam judicati, ſicut illa, quæ in jure apud prætorem fit, *d.l.56.ff.de re jud. d.l.un. C.de confeſſ.* quam probationis vim habere debeat. Sed non eſt abſoluta inter hæc convenientia: nam tranſactio fit ſine judice, nec eam ſequitur condemnatio: confeſſio autem fit apud judicem, cujus officium eſt, ut de ea re, de qua cognovit, etiam ſententiam ferat, *l.de qua 74. ff.de judic.* Nec tamen hoc eo pertinet, ut in propoſito, puta de furto aut rapina confeſſus, per ſententiam infamis declaretur, aut demum pronuntiatione ſecuta infamis fiat: ſed præcipue reſpicit intentionem & petitionem actoris, ut judex juxta formulam a prætore datam, maleficio ipſa rei confeſſione ſatis probato, in duplum aut quadruplum convictum condemnet: infamia autem a jure eſt, & edicto notantur furti &c. non ſolum damnati, ſed etiam pacti, *l.1.l.4.§.ult.& 2. ll.ſeqq. ff.de his qui not.infam. §.ex quibuſdam, Inſt. de pœn.tem.litig.* Et alioqui non melior eſſet conditio reorum, qui actione famoſa ex contractu, puta depoſiti, mandati, &c. conveniuntur, atque eorum, qui ex famoſo delicto, contra expreſſa edicti verba, & *d.§.ex quibuſdam.* Longior fui in re non ſatis explorata: quanquam mores hodierni nonnihil diverſi, vid. *Groenevv. de ll.abrog. ad §.ex quibuſdam. Inſt.de pœn.tem. litig.* De majoratu an tranſigi poſſit, vide *Gomeſ.ad l.Tauri 40. n.86.*

Cap.V.

CAP. V.

De tranſactione facta ſuper his, quæ teſtamento relicta.

1 *De controverſiis ex teſtamento deſcendentibus tranſigi non poteſt, niſi inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, & quare.*
2 *Occurritur Cujacio & Ferreto, atque exponitur* l.1.§.1.teſtam.quem.ap. *adminiculante Græcorum auctoritate.*
3 *Declaratur* l.12.ff.hoc tit.
4 *Quid ſi tranſactio facta non adjecta clauſula*, cognitis verbis, *&c.*
5 *Exponitur* l.Lucius 78. §.ult. ff.ad SC.Trebell.
6 *Quid juris, ſi quæſtio oriatur ex teſtamento nuncupativo.*
7 *Quid ſi tranſigentes inſpectioni tabularum renuntiaverint.*
8 *Quid juris, ſi huic renuntiationi acceſſerit jusjurandum.*
9 *An ſufficiat generalis renunciatio, ſaltem jurata.*
10 *An gratis paciſci liceat de hujuſmodi controverſiis non inſpecto teſtamento.*

1 DE controverſiis, quæ ex teſtamento (quo nomine etiam codicillos complector) oriuntur, placet non aliter recte tranſigi, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, *l.de his 6. ff.hoc tit. l.1. §.1. ff.quem. adm.teſt.aper. fac. l.ille a quo 13. §.3. ff. ad SC.Trebell. l.ult. C.de reb.cred. & jurejur.* & hoc ipſum Demoſthenes expreſſiſſe videtur ἐν παραγραφῇ ὑπὲρ φορμίωνος, in hæc verba, *πρῶτον μὲν γάρ τίς ἂν ἐνείματο τὰ πατρῷα, μὴ λαβὼν γράμματα, ἐξ ὧν ἤμελλεν εἴσεσθαι τὴν καταλειφθεῖσαν οὐσίαν· οὐδὲ εἷς, δήπου*; id eſt: *Quiſnam patrimonium divideret non acceptis tabulis, ex quibus quantum relictum eſſet, cognoſceret? Nemo ſane unus*: atque hæc eſt exceptio regulæ, quæ traditur in *l.ſub prætextu 19.C.hoc tit.* ſub prætextu inſtrumenti poſt reperti tranſactionem bona fide factam non reſcindi, *fac. l.3. §.1. ff. eod.* Quod ſi teſtamentum a tranſigentibus inſpectum ſit, valet tranſactio etiam de legato aut fideicommiſſo conditionali, *l.1.C.de pact. l.de fideicommiſſo 11. C.hoc tit.* quamvis repudiatio non valeat, *l.ſi ita 45. § 1.de legat.*2.de quo nos pluſcula *c.18 tract.de pact.* Cur autem placeat tranſactionem de controverſiis ex teſtamento ortis non valere, niſi inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis, ratio hæc eſt, tum ne qui teſtamenta ſupprimunt aut conſulta opera diutius occultant, iniquum lucrum inde capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommiſſarii ad tranſigendum, & modicum forte præſens, pro relicto alicujus momenti, quod ipſis incertum eſt, accipiendum, *arg.l.8.pr. ff.hoc tit.* tum quod alias per hujuſmodi tranſactio-

nes

nes facile circumveniri poſſent ſupremæ hominum voluntates, quas exitum habere etiam publice intereſſe creditur, *l. vel negare 5. ff. teſt. quemad. aper.* ita *Bart. & DD. in d. l. 6. Sand. l. 4. tit. 5. defin. 15. & alii*. Quæ profecto ratio non eſt inepta, quamvis id Cujacio in *l. 1. ff. hoc tit.* videatur: nam & eadem ratio fecit, ut ne ſuper alimentis teſtamento relictis ſine prætore tranſigi poſſit, *d. l. 8. pr. eod.*

2 Putat Cujacius (quod & Æmilio Ferreto videtur) *d. l. 6. ff. hoc tit.* aut peregrinam eſſe, aut a propoſito alienam: nam apud Gajum in *d. l. 1. §. 1. ff. teſt. quem. aper.* tranſigendi verbum non ad conventa, ſed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem reſponſi in hunc titulum conjecit, nimirum illam ipſam *l. 6. hoc tit.* cujus tamen ſententia falſa ſit, ſi verbum iſtud referas ad conventa ſeu compoſita. Imo contra verba hæc, *neque ſine judice tranſigi*, quæ ſunt Gaji in *d. l. 1. §. 1. teſt. quem. aper.* non ad judicata aut ſententias judicum, ſed ad conventiones referenda eſſe, vel illud argumento eſt, quod alioqui in abſurdam & ſtultam exeunt locutionem. Quis enim ita loqueretur, ſine judice judicari non poteſt? aut quis unquam mortalium de eo dubitavit? Sed etſi ponamus Tribonianum verba Gaji alio ſenſu, quam ipſum Gajum accepiſſe: adhuc tamen non quod Gajus ſenſit, ſed quod ſecundum intellectum Triboniani ſanxit Juſtinianus pro jure habendum erit. Sed non eſt obſcura Gaji ſententia, & nempe hæc neque partes tranſigere poſſe de teſtamento relictis ſine judice, apud quem ſcilicet tabulæ aperiri ſolent, neque aliter judicem judicare, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti: non quod ipſa tranſactio auctoritatem judicis deſideret, ſed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, ſi quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter tranſigere poſſit, *d. l. 1. pr. l. 4. l. 5. ff. teſt. quem aper. l. teſtamenta 18. C. de teſtam.* quomodo & Weſenbecius *parat. ff. d. tit.* Coſtalius in *l. 6. ff. hoc tit.* Borcholt. *c. 3. de tranſact. n. 14.* qui & merito ibi notant Accurſium, Bald. Bart. quod plus hic ſententiæ judicis tribuunt, quam privatorum tranſactioni, quaſi judici liceret, etiam ſine inſpectione tabularum, ſententiam ferre. Sed & poſtquam hæc ſcripſeram, animadverti Græcos quoque, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius ſolet, non alio ſenſu, quam nos ea accipimus, verba Gaji reddidiſſe: ſic enim illi ſynopſ. Baſil. hoc tit. *περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, οὔτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων.* Neque enim opinor Græcos unquam uſos eſſe *τοῦ διαλύεσθαι ἀντὶ τοῦ κρίνεσθαι ἢ δικάζεσθαι*.

3 Non obſtat *l. 12. ff. hoc tit.* nam non eſt audiendus, qui facta inſpiciendi copia, poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, non etiam quod poſteriore relictum ſit: apparet vero ex ipſis verbis in ſpecie illic propoſita factam tranſigenti fuiſſe teſtamenti inſpiciendi copiam, atque ab eo inſpectum lectumque, quamvis forte oſcitanter, quod ſuæ imputare debet negligentiæ.

4 Uti-

4 Utique non eo minus rata eſſe debet tranſactio, quod adjecta non ſit clauſula *viſis cognitiſque verbis teſtamenti*, dummodo doceatur contrahentes gnaros fuiſſe eorum quæ teſtamento cauta, licet tunc cum interponebatur tranſactio forte lectum non ſit, *Bart. in d. l. 6. Fab. Cod. ſuo for. hoc tit. defin.* 1. *Sand. d. loc.* Quando autem hæc ſcientia præſumenda ſit, *vid. Menoch. 6. præſ. 23. n. 60. Bart. in l. 22. §. ult. de V. O. n. 13. Chriſtin. vol.* 1. *deciſ.* 4.

5 Fruſtra hic Ant. Faber objicit reſponſum Scævolæ, *l. Lucius Titius* 78. *§. ult. ff. ad SC. Trebell.* Nam in caſu, quem illic Scævola proponit & decidit, omnino credendum & præſupponendum eſt, omnia legitime fuiſſe acta: teſtamentum inſpectum fuiſſe, atque ex verbis teſtamenti ſatis conſtitiſſe de fideicommiſſo: neque poſtea aliud voluntatis ultimæ inſtrumentum, puta codicillos, quibus fideicommiſſario plus, quam teſtamento, relictum erat; ſed alia, quæ plus in bonis defuncti fuiſſe oſtenderent, reperta. Valde autem jejunum eſt, quod ex Joanne objicit Accurſius, poſt inſpecta teſtamenti verba rem non amplius eſſe dubiam: quaſi vero adhuc quæri non poſſet de mente & ſententia teſtatoris, de viribus teſtamenti, utrum Falcidiæ locus &c.

6 Quid autem dicemus de teſtamento nuncupativo? & ſiquidem, ut hodie fieri ſolet, probationis cauſa teſtamentum per notarium in ſcripturam redactum ſit, idem omnino dicendum eſt, quod de teſtamento ſcripto: ſin minus, non aliter tranſigi utiliter poterit, niſi examinatis teſtibus & cognitis teſtificatis, aut certe niſi aliunde partibus conſtet de diſpoſitione teſtatoris, & quid ea contineatur. Nam omnino Bartolo in *d. l. 6. n. 6.* & Caſtrenſi *ibid. n. 7.* aſſentior, ſic in univerſum definientibus, ſatis eſſe ut tranſactio valeat, ſi de tenore teſtamenti tranſigentes edocti fuerint, puta per notarium aut teſtes qui præſentes fuerunt, licet illud non inſpexerint. Satis enim apparet ex textibus allegatis, nempe *d. l. 6. ff. hoc tit. d. l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* hanc eſſe unicum inſpectionis finem, ut tenor diſpoſitionis non ignoretur.

7 Sed quid ſi tranſigentes inſpectioni teſtamenti renuntiaverint, an nihilominus inutilis futura eſt facta tabulis non inſpectis tranſactio? Negat id quidem Accurſius, efficacem eſſe exiſtimans renunciationem, propterea quod unicuique permiſſum eſt renuntiare iis, quæ pro ſe introducta ſunt, *l. pen. C. de pact.* Sed magis eſt, ut adhuc tranſactio inutilis ſit, & renuntiatio inefficax. Ratio eſt, quia legi prohibenti aliquid fieri, aut quid requirenti ad actus alicujus ſubſtantiam, renunciare non licet, *l. 5. C. de legib. l. 6. C. de pact. l. nec ex prætorio 27. de reg. jur.* Accedit & altera, quod tabularum inſpectio in eorum odium, qui teſtamenta occultant, introducta eſt, nec tam in favorem tranſigentium, quam ipſius teſtatoris; cui favori utique alius renuntiare non poteſt. Eademque plane hic ſubeſt ratio, quæ in filiofam. renuntiante SC. Macedoniano, quem ideo huic SC. fruſtra renuntiare interpretes noſtri recte tradunt, quia id factum eſt in odium fœneratorum, & non tam favorem filii, quam patris reſpicit, *l. 1. ff. de SC. Maced.*

Digitized by Google

ced. Chriſtin.vol.1. deciſ.14. n.5.& 6. Itaque minime obſtat *l.pen.C.de pact.* quippe quæ loquitur de renuntiatione alicujus privilegii aut beneficii ſoli renuntianti & in ejus ſolius favorem conceſſi. Ita *Bart. Bald. Salic. Caſtr. Angel.Jaſ.in d.l.6. ff.hoc tit.* ſed nos paulo explicatius.

8 Porro hoc poſito, de controverſiis ex teſtamento emergentibus non licere tranſigere, niſi inſpectis teſtamenti verbis, neque id jus labefactari ſimplici inſpectionis renunciatione, quæſitum adhuc eſt ulterius, quid nempe juris ſit, ſi huic renuntiationi acceſſerit jusjurandum. Dicendum eſt non eo magis tranſactionem valere: quoniam nulli actus jure noſtro civili vetiti aut invalidi, robur a jurejurando accipiunt, *l.5.C.de legib.* Ceterum ſi de jure canonico quæratur, aliud dixerim. Etenim jure canonum non alii actus ſimpliciter prohibiti atque invalidi ſunt, quam qui offendunt pietatem, & peccatum fovent nutriuntque, ſuper quibus jurare & ipſum peccatum eſt, & gravius adhuc peccatum, quod juvaveris, ſervare. At enim cauſa, ob quam tranſactio de rebus teſtamento relictis tabulis non inſpectis facta improbatur, tota eſt juris mere poſitivi: neque enim qui citra illam inſpectionem tranſigit, eamque tranſactionem ratam habere mavult, quam infringere, poteſt dici peccare, aut quid, quod natura turpe iniquumque ſit, facere, ſive inſpectioni renuntiaverit ſive non renuntiaverit. Jam vero jure canonico juramenta omnia ſponte præſtita ſine exceptione ſervanda ſunt, quæ nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continent, & generaliter quæ non vergunt in diſpendium æternæ ſalutis, *C.inter cetera, cauſa 22. q.3. C.cum contingat 10. de jurejur. C.quamvis, de pact.in 6. & ibi Covar. p.2. §.4. n.5.* atque hæc communis quoque eſt interpp. ſententia, *Borcholt. tract.de tranſact. c.3. n.21.& ſeq. Sande lib.4. tit.5. defin.15.* qui plures allegant.

9 Ceterum non ſufficit generalis renuntiatio, quantumvis jurata, puta omnis juris & auxilii, aut juris omnis, quod renuncianti competit, vel competiturum eſt ex teſtamento vel ab inteſtato, aut mentionem eſſe factam alicujus teſtamenti in genere: ſed ut juranti obſtet, deſideratur renunciatio ſpecifica inſpectionis ejus teſtamenti, ex quo jus illud dependebat, *Bart.& Jaſ.in l.qui Romæ 122. §.ult. ff.de verb.oblig. Rol.a Valle vol.1.conſil.13.n.27.& ſeqq. Tiraquel.in præfat.l.ſi unquam, C.de revo.don.n.161. Caccheran. deciſ.112. n.10. & ſeqq.* Et hinc illa pragmaticorum cautela, ut is, qui cum aliquo tranſigere cupit de re teſtamento relicta, inſtrumento tranſactionis curet inſeri, *viſo perſpectoque teſtamento, Bart.Caſtr.in l.6. ff.hoc tit. Sichard.in l.ſub prætextu 19.n.7. Leonin.conſ.32.n.13. Gail.2.obſ.139.n.10. Sande ubi ſupra.* Igitur ut concludamus, irrita eſt tranſactio de controverſiis ex teſtamento deſcendentibus facta ſine tabularum inſpectione, licet huic inſpectioni renunciatum fuerit, niſi jurejurando firmata ſit renunciatio: quod tamen temperamentum non tam auctoritate juris civilis, quam ex diſpoſitione Canonum defenditur, quibus recte & Dei verbo convenienter omne jusjurandum, non impium, nec iniquum aut turpe, ſine exceptione ſervari jubetur.

10 Ce-

Digitized by Google

10 Ceterum cum Gajus utroque illo loco, nempe & in *l.6. ff. hoc tit.* & in *l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, dubitari adhuc poteſt de pactione gratuita, an non ſaltem donationis cauſa liceat de controverſiis ex teſtamento dependentibus ante inſpectionem tabularum paciſci, litemque gratis remittere. Accurſius putavit non magis licere verbis teſtamenti non inſpectis de hujuſmodi controverſiis gratis paciſci, quam accepto aliquo tranſigere; cujus ſententiam ſecuti ſunt *Bart. Bald. & Angel. in d. l. 6.* Contra vero *Albericus de Roſate, Guilielmus de Cuneo, Caſtr. & Jaſ.* paciſci de his gratis licere, quamvis tranſigere non liceat, & noſtro quidem judicio rectius. Nam quod Accurſius, eumque ſecuti pro vero ſupponunt eandem hic eſſe pacti gratuiti & tranſactionis rationem, falſum eſt & πρῶτον ψεῦδος. Longa enim inter pactum & transactionem in caſu propoſito differentia eſt: quippe qui tranſigit, accepto forte minimo pro magna ſumma, decipitur, cum utique velit habere, quod ſibi teſtamento relictum eſt; at is, qui ultro totum remittit, non decipitur, & poteſt quilibet jus ſibi delatum repudiare. Fruſtra vero pro contrariæ ſententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. §. 1. l. 9. §. ult. ff. hoc tit. l. tres fratres 35. ff. de pact.* ſi quidem omnibus iſtis locis aperte agitur de transactione ſeu pacto decidendi cauſa interpoſito. Sed ponamus ita, ſit in caſibus illic propoſitis pacti & tranſactionis eadem ratio: quid tum poſtea? Neque enim dicimus pactionem gratuitam valere omni caſu, quo tranſactio non valet; ſed utilem eſſe in quæſtione propoſita, licet tranſactio ſit inutilis. Ac tametſi verum eſt, quod Paulus *l. 1. ſent. tit. 1.* ſcribit, de his rebus paciſci nos poſſe, de quibus tranſigere licet; ex contrario tamen, de quibus rebus tranſigere non licet, aliquando paciſci poſſumus: verbi cauſa de re judicata aut jurejurando deciſa tranſigere non licet, paciſci tamen donationis cauſa poſſumus. Quapropter cum textus illi ante memorati *l. 6. ff. hoc tit. l. 1. §. 1. ff. teſt. quem. aper.* ſolummodo tranſactionem prohibentes, contineant aliquid ſingulare & tranſactionis proprium, temere ad pacta gratuita extendi non debent.

CAP. VI.

An & quatenus de alimentis tranſigere liceat ad *l. cum hi 8. ff. hoc tit.*

SUMMARIUM.

1 *De alimentis præteritis tranſigere licet, non de futuris, & quæ ſit ratio differentiæ.*
2 *Orationes Principum cur etiam ſenatuſconſulta appellentur.*
3 *Ratio juris tranſactionem de alimentis prohibentis.*
4 *Prætor pro tribunali de tranſactione alimentorum cognoſcere debet.*

5 *Cognitio hæc non eſt juriſdictionis ordinariæ, ſed ſpecialis conceſſionis.*
6 *Alimentorum appellatione quid contineatur.*
7 *Quid verbo victus.*
8 *Tranſactione de alimentis facta non continetur veſtitus & habitatio, & quam rationem hoc habeat.*
9 *Non ſemper quod in annos ſingulos relinquitur, alimentorum cauſa relictum intelligitur.*
10 *Quid ſi alimenta relicta ſint homini locupleti.*
11 *Quicquid ſit, quod alimentorum gratia relictum eſt, ad orationem pertinet.*
12 *Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an uſusfructus debeatur.*
13 *Oratio tantum ad alimenta ſuprema voluntate relicta pertinet, non ad ea, quæ ex conventione debentur; cum ratione diverſi juris.*
14 *An etiam ad alimenta mortis cauſa ab inteſtato donata? ubi & inſignis error Borcholti notatur.*
15 *Declaratur obſcurus locus Marciani in* l.21. §.1. de leg.præſt.cont.tab.
16 *Quæ a prætore in tranſactione alimentorum examinanda.*
17 *Quid juris, ſi alimentarius ſine prætore tranſigens tranſactionem firmet jurejurando.*
18 *Enodatio* §.eam tranſactionem, l.8. hoc tit.
19 *Caſus, quo procedit tranſactio citra prætoris auctoritatem. Item alius,* num.20.
21 *An gratis citra prætorem de alimentis paciſci liceat.*

TRactatur hæc quæſtio ab Ulpiano in *l.cum hi* 8. *ff.hoc tit.* & quidem ſatis copioſe, adeo ut quicquid circa hoc caput occurrere poteſt controverſiæ, ejus deciſionem facile eodem in loco reperias. Nos pleraque ordine arbitrario excutiemus, & ſicubi opus erit, etiam apertius declarabimus.

1 Igitur cum quæritur, an tranſactio de alimentis valeat, ante omnia diſtinguendum eſt inter alimenta præterita & futura: nam de alimentis præteritis tranſigi etiam inconſulto prætore poteſt: de futuris autem alimentis tranſigere non licet, niſi interveniente auctoritate & decreto prætoris vel præſidis, *l.de alimentis* 8. *C.hoc tit.* Ratio differentiæ eſt, quia ex præteritorum tranſactione nullum alimentario periculum eſt; ſicut ex futurorum: nam per tranſactionem de futuris intercipi alimenta & relinquentis conſilium inane atque irritum fieri: cum autem de præteritis fit tranſactio, jam cauſa illa metuendi ne alimenta intercipiantur ſublata eſt. Imo præterita alimenta proprie non ſunt alimenta; ſed ita dicuntur relatione facta ad id tempus, ad quod teſtator ea deſtinaverat: & ideo in oratione Divi Marci non additur *de futuris*, *d.l.cum hi*, *ff.hoc tit.* & in *d.l.de alimentis*, *C.eod.* quæ orationem interpretatur, præterita alimenta dicuntur annorum præteritorum, futura inſequentium.

2 Jus

2 Jus hoc primum introductum eſt oratione Divi Marci, teſte Ulpiano in *d.l.cum hi*, *ff.hoc tit.* At idem tamen Ulpianus hoc tribuit ſenatusconſulto,*l.eleganter* 23.*§*.2. *ff.de cond.indeb.* nimirum quia, uti moris erat, in ſententiam orationis Divi Marci poſtea etiam ſenatuſconſultum conceptum & factum eſt. Solebant enim olim Principes orationes in ſenatu habere aut ſcriptas ad ſenatum mittere,in quarum ſententiam poſtea ſenatusconſulta concipiebantur, *l.oratione* 16. *ff.de rit. nupt.* Tacitus *lib.*11.*Annal.Orationem Principis ſecuto patrum conſulto primi Hedui ſenatorum in urbe jus adepti ſunt*. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis, *l.ſi & rem* 22. *ff.de hered.petit.* ſenatuſconſultum paſſim appellatur, *l.item veniunt*, *§.præterea* 6. *& ſeqq. eod.* & quod oratione Imperatoris Severi cautum dicitur, ne tutores & curatores prædia ruſtica vel ſuburbana diſtrahant, *l.*1. *ff.de reb. eor. qui ſub tut.* alibi adſcribitur ſenatuſconſulto, *l.non fit* 12. *ff.d.tit.*

3 Rationem hujus juris obiter indicat JC. in *d.l.cum hi*, nimirum ne homines tenues & exiguæ fortunæ, quibus plerumque alimenta relinquuntur, neglectis futuris alimentis & modica pecunia præſente contenti, facile tranſigant. Cui accedit & ſingularis hujuſmodi diſpoſitionis favor, ne pia teſtatorum intentio & providentia, aliorum tenuitati & indigentiæ ſuccurrere volentium,eludatur, & alimentarius,contra quam proſpexerit teſtator, poſtea egeat. Etenim dubium non eſt, quin fiat contra voluntatem teſtatoris, ſi alimenta tranſigendo intercipiantur, qui ideo ea in annos ſingulos aut in ſingulos menſes diſtribuit, ut eſſet legatario, quod quotannis aut quod menſibus ad ſupremam uſque ſenectutem ſuppeteret. Voluit itaque optimus & prudentiſſimus princeps auctoritatem magiſtratus hic intervenire. Ceterum prior illa ratio ducta a tenuitate alimentarii tantum eſt προκαταρκτικὴ impulſiva ſeu irritatrix; & ideo ceſſante ea non protinus ceſſat vis orationis: nam ut eſt in *d.l.cum hi*, *§.nihil autem* 7. etiamſi hi, quibus alimenta relicta ſunt, ſatis ſint locupletes, tamen locum habet oratio: quod forte datum favori ultimæ voluntatis, tum & hoc fortaſſis conſideratum, poſſe fieri, ut quis bona ſua amittat & facultatibus exuatur, atque id etiam ſpectaſſe teſtatorem. An cauſa alimentorum inter cauſas pias numeranda ſit, *vid. Chriſt. vol.*1. *dec.*160. Committitur hæc res prætori, *d.l.cum hi*, *pr.§.*1.*& paſſim*, nempe in urbe: nam in provinciis ad proconſules & præſides ea cognitio pertinet, *d.l.cum hi*,*§.ſed nec* 18.*l.de alimentis*, *C. eod.* interdum ad procuratorem Cæſaris in provinciis, aut præfectum ærarii in urbe res iſta ſpectat, nimirum ſi a fiſco alimenta debeantur, *d.l.cum hi*, *§.tranſactiones* 19. Nam & alias de lite inter fiſcum & privatum procuratoris Cæſaris eſt cognitio, *l.*1. *C.de juriſd.* Quod ſi citra auctoritatem prætoris tranſactio interpoſita fuerit, inutilis & nullius momenti erit, paſſim *d.l.cum hi*.

4 Debet autem prætor rem cognoſcere; adeſſe aut intereſſe negotio, aut tranſactionem citra cauſæ cognitionem probare non ſufficit, *§.ſi prætor* 17.

tor 17. *d.l.cum hi*; cui loco fruſtra objicitur, quod rei etiam in ique judicatæ auctoritati ſtandum eſt, *l.ſervo* 65.§.2.*ff.ad SC.Trebell.l.ult.ff.de juſt. & jur.* Nam id demum verum eſt, ſi cauſæ cognitio præceſſerit, *l.ex ſtipulatione* 7. *C.de ſent. & interloc.* ut recte Gloſſa, licet a Caſtrenſi improbata, & tunc idem locum haberet etiam in caſu noſtro. Sed nec in *dd.ll.* quicquam contra formam juris factum proponitur, uti hic fit, ubi hæc forma tranſactioni præſcribitur, ut fiat auctore prætore adhibita cauſæ cognitione. Et quidem more majorum pro tribunali rem excutere & tranſact ionem probare prætorem oportet, non ex plano: quæcunque enim cauſæ cognitionem & decretum deſiderant, per libellum expediri non poſſunt, *l.nec quicquam* 9. §.1. *ff.de offic. proconſ.* & ideo ſi de plano tranſactionem permiſerit prætor, non eo magis rata erit tranſactio, per *l.minorum, C.de præd.minor. l.a procedente*, *C.de dilat.*

5 Cognitio hæc non eſt juriſdictionis ordinariæ ſeu proprie ſic dictæ & genuinæ, ſed extraordinariæ & adventitiæ, atque ex eorum genere, quæ magiſtratui competunt non jure ſui magiſtratus, aut vi juriſdictionis ſuæ, ſed ex ſpeciali conceſſione legis aut Principis: & ideo nec mandare ex hac cauſa prætor juriſdictionem ſuam poteſt, ſed ipſe cauſam cognoſcere debet, *d.l.cum hi*, §.*ſed nec* 18. *junct. l.*1.*pr.ff.de offic.ejus cui mand.juriſd.* de quo nos magis ſerio in *tract.de juriſd.c.*8.

6 Alimentis legatis reſponſum eſt, cibaria, & veſtitum, & habitationem deberi, quia ſine his ali corpus non poteſt: cetera autem, quæ ad diſciplinam pertinent, non contineri, niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe probetur, *l.*6. & *l.ſeq. l.ult.ff.de alim.leg.* Itaque generali alimentorum appellatione continentur non ſolum diaria, ἡ τροφή, ſed etiam veſtiaria & habitatio, ἡ ἐσθὴς καὶ οἴκησις. Diariorum vero vel cibariorum appellatio anguſtior eſt, his enim legatis, neque habitatio, neque veſtiarium debetur, ſed cibus tantum, ſeu eſculenta duntaxat & potulenta, τὰ σιτία *ſpijs en drank*. Et ſic nos ſermone vernaculo diſtinguimus inter *onderhoud en koſt*, quorum illud alimentis, hoc cibariis reſpondet, *Grot.lib.*2. *introd. ad juriſp. Bat.*22. ubi male in margine nomen *victus* poſitum ad declarandum.

7 Belgicum *koſt*: nam verbo *victus* continentur non ſolum quæ eſui potuique ſunt deſtinata, ſed etiam veſtimenta, & cetera, quæ ad vivendum homini neceſſaria ſunt, *l.verbo victus* 43. *cum* 2. *ll.ſeqq. l.quos nos* 234.§.1. *ff.de verb.ſig.* ac proinde & habitatio, *huisveſtinge*: ſiquidem nihil plane intereſt, victus, an alimenta legata ſint, *l.ult. ff.de alim. legat.* Atque eadem fortaſſe res cauſam errandi dedit Groenewegio *tract. de ll.abrog.ad l.*6. *eod. tit.* dum Latinum *victus* explicat per Belgicum *koſt*, eoque negat habitationem contineri: quaſi nomine Belgico *koſt* etiam veſtimenta continerentur, contra quam Grotius *d.loc.* & Latino verbo *victus* non contineretur habitatio: in quo utroque falli eum manifeſtum eſt. Nec quicquam juvat Groenewegii explicationem, quod in *d.l.verbo victus* 43. & *ſeqq.* nulla habitationis fiat mentio. Hoc enim nemini mirum videri debet, cum il-

lic

lic agatur de victu exhibendo debitoribus, quos creditor judicatos ſibi & addictos, donec ſolverent, quod in condemnationem deductum erat, domi ſuæ nexos & vinctos tenebat: nam his ex lege duodecim tabularum, niſi de ſuo vivere mallent, creditor alimenta victumque præbere cogebatur, ut a doctis viris pridem obſervatum eſt.

8 Ceterum hoc jam poſito, alimentorum appellatione & cibaria &, veſtitum & habitationem contineri, qui fit, dicat aliquis, quod Ulpianus in *d.l.cum hi, §.qui tranſigit* 12. negat eum, qui de alimentis tranſigit, de habitatione aut veſtiario tranſegiſſe videri. Reſpondeo eum, qui ſimpliciter de alimentis tranſigit, intelligi de alimentis in ſpecie & maxime proprie dictis, id eſt, de cibariis, quibus proprie corpus noſtrum alitur & ſuſtentatur, deperditumque reſtauratur; non de veſtiario aut habitatione tranſegiſſe; tum propter favorem alimentarii, quam ob cauſam Divus Marcus ſpecialiter de ſingulis iſtis tranſigere voluit, *d.§.qui tranſigit*; tum propter ſtrictam tranſactionis naturam. In teſtamentis autem plenius & liberalius defunctorum voluntates interpretamur, *l.in teſtamentis* 12. *ff.de reg. jur.l.plenum* 14. *§.2. ff. de uſu & hab.* Enim vero ſi de univerſis alimentis prætore auctore tranſactum proponatur, dicendum eſt non cibaria tantum, ſed etiam habitationem, veſtimenta, calceamenta, & cetera, quibus tegendi curandive corporis noſtri gratia utimur, ea tranſactione contineri, *d.l.cum hi, §.arbitratu* 16. Poteſt autem quis & de re una aliqua tranſigere, veluti de habitatione, de veſtiario aut calciario, arbitrio tamen prætoris, *§.ſ.d & ſi* 13. *& ſeq.d.l.cum hi*, ſicut & de parte alimentorum, *d.l. §.arbitratu*: nec obſtat, quod legatum pro parte repudiari non poteſt, *l.4. ff.de legat.2.* nam qui de parte tranſigit, non repudiat eam, ſed aliquid pro ea accipit. Nihil quoque intereſt, an relicta ſint alimenta in ſingulos annos, an in menſes ſingulos ſive dies, perpetuo, an uſque ad certos annos, *d.l.cum hi, §.ſive igitur* 3.

9 Plane non protinus quod in ſingulos annos alicui relictum eſt, alimentorum contemplatione relictum intelligitur: nam ſi homini honeſtioris loci certa quantitas in annos ſingulos relicta ſit, puta ſalarium annuum, vel uſusfructus, honoris potius, quam alimentorum cauſa id relictum intelligi debet; & ideo hoc caſu tranſactio etiam ſine prætore facta valebit: niſi forte ex circumſtantiis appareat teſtatorem de alimentis ſenſiſſe, verbi cauſa, ſi modicum quid annuum, aut modicus uſusfructus relictus ſit, & præſertim ſi homini tenuiori: nam & minuta plerumque ſunt, quæ alimentorum cauſa relinquuntur, & tenuioribus ἐπὶ τὸ πλεῖστον alimenta relinqui ſolent. Hæc vera eſt Ulpiani in *d.l.cum hi, §.23.* ſententia. Ac proinde male ex hoc loco.

10 Coſtalius & Buſius colligunt, hominem honeſtioris loci de alimentis ſibi relictis etiam inconſulto prætore tranſigere poſſe; omniaque privilegia, quæ alimentorum cauſæ tributa ſunt, ceſſare, ſi alimenta relicta ſint homini locupleti: nam cum quid nominatim alimentorum cauſa relin-

quitur,

quitur, nihil intereſſe locupleti id, an pauperi relictum ſit; manifeſte liquet ex *§.nihil autem 7. d.l.cum hi*. Ubi vero ſimpliciter aliquid in annos ſingulos relictum eſt, tunc adhibenda ſuperior illa diſtinctio: & ita Paul. de Caſtro.

11 Quicquid autem alimentorum gratia relictum eſſe apparet, ad orationem pertinet. Unde etiamſi integra quantitas alicui legata fuerit, ut ex uſuris ejus ſe alat, & mortis tempore ſortem reſtituat, non ceſſabit oratio, licet non in annos ſingulos id relictum videatur, *§.ſi integra 4.d.l.cum hi*. Neque intereſt, utrum nummi, an vinum, oleum, frumentum ad alimenta ſint relicta, *d.l.cum hi, §.ſi cui 24*. In ſumma, etiamſi lis ſit, & dubitetur an alimenta debeantur, tamen de lite tranſigere inconſulto prætore non licet, ne circumveniatur oratio, *d.l.ſi cui*, *§.ſi cum 20*.

12 Omnino autem nihil eorum, per quæ conditio alimentorum deterior reddatur, abſque prætore fieri poteſt: veluti ſi agatur de fundo ad alimenta relicto diſtrahendo, vel de obligato in cauſam alimentorum liberando; nam neque legatus alienari, neque obligatus ſolvi ſine decreti interpoſitione poteſt, *§.ſi uni 15. d.l.cum hi*. Exoritur hoc loco quæſtio, fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an uſusfructus debeatur. Accurſius ait proprietatem quidem legatam videri, ſed interim duntaxat dum alimenta durant, atque hactenus, ut ſi quid ſuperfluum inveniatur in reditu prædii, quam in quantitate alimentorum, id etiam ſibi habeat legatarius. Albericus, Bart. Bald. Caſtr. Jaſon contra, tale legatum etiam ad heredes legatarii tranſire, quibus aſſentior. Nam & Modeſtinus in *l.4.ff.de alim.legat.* diſerte ait ipſum prædium in propoſito legatum videri, ut pleno dominio iſtud legatarius habeat, non per ſolum uſumfructum, eoque poſt diem legati cedentem mortuo ad heredes ejus tranſmitti; & idem Ulpianus quoque non obſcure indicat in *d.l.cum hi, §.ſi uni 15*. cum ait prætorem de fundi ad alimenta legati diſtractione & tranſactione arbitrari debere: niſi enim tali legato proprietas pleno & perpetuo jure data intelligeretur, ne prætore quidem auctore ejus diſtractio fieri poſſet. Itaque licet facta ſit alimentorum mentio, quæ morte finiri ſolent, tamen plena proprietas legata intelligitur, & in heredem legatarii fundus ita relictus tranſmittetur, & conſulto prætore etiam alienari poterit: quippe illa verba *ad alimenta*, magis ad cauſam legandi pertinent, quam ad uſumfructum conſtituendum, *l.pen. in fin. ff. de alim.legat.* & ita etiam Cujacio videtur.

13 Pertinent autem hæc omnia ad alimenta, quæ teſtamento aut qua alia ſuprema voluntate defuncti relicta ſunt: non ad ea, quæ ex conventione mortis cauſa debentur: nam de his etiam ſine decreto tranſigi poteſt, *d. l.cum hi*, *§. hæc oratio 2*. Differentiæ ratio petenda a favore propoſiti & enixæ voluntatis defuncti alimentario conſultum cupientis; quam voluntatem ideo & ſenatus ſubſecutus eſt. In conventionibus vero non eadem eſt contrahentium providentia: ſed promiſſor fere ſibi potius conſulit, quam alimentario, diviſis ſcilicet penſionibus. Qua ratione etiam fit, ut

ali-

Digitized by Google

alimentorum legatum ſit multiplex, ſtipulatio una:ut legatum morte finiatur, ſtipulatio non item: quod tamen fieret, ſi creditori proſpiciendi cauſa contraheretur ſtipulatio, *l.4. l.8. l.cum in annos* 11. *ff.de ann. leg. l.ſi Stichum* 16.§.1.*ff.de verb.obl.* Sed & obligatio ex conſenſu contrahentium orta, eorundem diſſenſu rectiſſime diſſolvitur, *l.nihil tam naturale* 35. *de reg. jur.add.Moller.lib.*5.*ſemeſt.diff.*42. *Don.ad l.*8.*C.hoc tit.n.*8. Sive autem ultima voluntate teſtati, ſive extra teſtamentum ultima voluntate inteſtati alimenta relicta ſunt, oratio locum habet; nec refert per legatum aut fideicommiſſum relicta ſint, an conditionis implendæ gratia, aut mortis cauſa donata, aut ab eo relicta, cui mortis cauſa donatum eſt, *d.§.hæc oratio*, nam & mortis cauſa donationes & capiones legatorum inſtar obtinent: & is, cui mortis cauſa donatum eſt, quaſi legatarius fideicommiſſo onerari poteſt, *l.ab eo* 9.*C.de fideicomm.*

14 Sed tamen an oratio pertineat etiam ad alimenta mortis cauſa ab inteſtato donata, dubitari poſſe ait Borcholtus *tract.de tranſact.C.c.*3.*n.*35. Ratio dubitandi, quia duplex ſit, inquit, mortis cauſa donatio, una, quæ teſtamento relinquitur; altera, quæ fit ab inteſtato, *l.tam is* 25.*ff.de mort. ca. don.* prior illa duntaxat legatis comparatur, non item altera, *l.ſi filius* 21.§.1.*de leg.præſt.cont.tab.* Attamen, inquit, dicendum eſt etiam ad alimenta, quæ mortis cauſa donata ſunt ab inteſtato, orationem pertinere; quoniam Juriſconſultus non diſtinguit, utrum mortis cauſa teſtamento relicta, an ab inteſtato eadem contemplatione donata. Sed quis Borcholtum docuit, donationem mortis cauſa poſſe teſtamento relinqui, aut ab inteſtato factam legatis non comparari? Utique hoc non didicit a Doctore ſuo Jacobo Cujacio, qui quidem *lib.*3. *obſ.*17. quod a D. Severo conſtitutum dicitur, *l.*5. *C. ad leg. Falc.* ut legis Falcidiæ ratio etiam in mortis cauſa donationibus habeatur, reſtringit ad caſum facti teſtamenti: non autem quo donatio hujuſmodi teſtamento relicta. Longe enim aliud eſt in teſtamento aliquid dare, aliud facto teſtamento; cum id fieri poſſit etiam extra teſtamentum, & ita cape *d.l.*25.*de mort. ca. don.* Sic codicilli teſtamento facto recte fieri dicuntur, *l.*8. *l.ab inteſtato* 16. *ff.de jur.codicil.* Nemo tamen dixerit codicillos in ipſo teſtamento fieri poſſe: quod non abſurdum tantum, ſed etiam contradictione implicatum eſt. Et quæſo quid aliud ſunt donationes teſtamento relictæ, quam ipſa legata, *l.legatum* 36. *de legat.*2. §.1. *Inſt. eod.* Sed neque leges, quæ de comparatione aut exæquatione mortis cauſa donationum & legatorum loquuntur, *l.Marcellus* 15.*l.& ſi debitor*17. *l.illud, ff.de mort. ca. donat.l.ult.C.eod.*§.1.*Inſt.de donat.* diſtinguunt, utrum teſtamento facto mortis cauſa donatio fiat, an non facto. Nam cum nihil commune habeat donatio mortis cauſa cum teſtamento, quid refert teſtamento condito facta ſit, an ab inteſtato? Agnovit hoc quoque poſtea Cujacius, & mutata in melius ſententia etiam in donationibus mortis cauſa ab inteſtato factis Falcidiam admiſit, *lib.*20. *obſ.*6.

15 Quod autem Marcianus in *l.ſi filius* 21.§.1. *de legat. præſt. cont.tab.*

Digitized by Google

ait, ſi pater inteſtatus deceſſerit, ſuper donationibus mortis cauſa factis filium emancipatum queri non poſſe, quoniam eo caſu nulla occurrat donationis mortis cauſa cum legatis comparatio, in eo JC. reſpicit ad edictum de legatis præſtandis contra tabulas bonorum poſſeſſione petita, quæ in eum ſolummodo caſum propoſita fuit, ubi teſtamentum factum eſt, & per contra tabulas bonorum poſſeſſionem everſum. Nam id edictum non abſurde ad donationes mortis cauſa produci, ubi teſtamentum conditum eſt, potuit, *d.l.21.pr.eod.tit.* at non æque in caſu inteſtati petita bonorum poſſeſſione unde liberi: quo caſu ſi donationes immodicæ fuerint, non aliud remedium ſupereſt, quam querela inofficioſæ donationis, *tit. C.de inoff.donat.* Sed hæc ἐν παρέργῳ.

16 Vult igitur oratio prætorem hic intervenire, & apud eum quæri, utrum permittenda ſit tranſactio, nec ne. In primis autem quærendum eſt de cauſa tranſactionis; nam neminem ſine cauſa tranſigere volentem audiet prætor, *d.l.cum hi* 8. *§.8.& ſeq.* ubi & quid requiri in cauſis tranſigendi ſoleat, docetur. Deinde inquirendum de modo tranſigendi, & tranſactionis quantitas pro ætate & valetudine tranſigentis arbitranda, *d.l.cum hi*, *§. vult* 8. *& §.modus*, in cujus §.fine quod dicitur alimenta cum vita alimentarii finiri, id quidem & ipſum obtinet, cum quid annuum aut in annos ſingulos relictum eſt citra contemplationem alimentorum, *l.4. l.8. ff.de ann. leg. l.ſi Stichum* 16. *d.verb. oblig.* ſed tunc ceſſat oratio, *§.ſi in annos* 23. *d.l.cum hi*. Poſtremo & perſonæ tranſigentium conſiderandæ, *d.§.vult* 8. & in perſona alimentarii ſpectandum ſit ne vitæ frugi, & qui alias ſibi ſufficere poſſit; an ſequioris, qui de alimentis dependeat. In perſona ejus, a quo alimenta relicta ſunt, cujus ſit propoſiti & exiſtimationis, quæ ejus facultates, *§.ſed &* 11. *d.l.cum hi*. Ad perſonas quoque referri poteſt, quod nec plurium alimentariorum inter ſe facta tranſactio ſine prætoris auctoritate rata ſit, qui caſus eſt *§.ſi uni* 15. *d.l.cum hi*. Ratio eſt, quia in præjudicium alterius vergere tranſactio poteſt. Eodem quoque refero ſpeciem *§.ſed & ſi* 5. *d.l. cum hi*, ubi dicitur orationis locum non eſſe legatario aut fideicommiſſario, a quibus alimenta relicta ſunt, tranſigentibus, nimirum etſi non licet alimentario ſine prætore tranſigere cum eo, a quo alimenta relicta ſunt, ſive is heres ſit, ſive legatarius aut fideicommiſſarius; nihil tamen impedimento eſt, quo minus legatarius aut fideicommiſſarius cum herede de re aut quantitate ſibi relicta tranſigant; cum horum tranſactione jus alimentarii non minuatur, *d.§.ſed & ſi*, ubi pro *ad hoc* quidam codices habent *ab hoc*, ut Accurſius notat, & rectius cenſet Cujacius, quoniam de relicto per fideicommiſſum agitur.

17 Quæri & hic poteſt, & ſolet idem, quod in tranſactione de controverſiis ex teſtamento ortis, facta cum renuntiatione inſpectionis tabularum, eaque jurata, ut *cap.præced.* quid ſcilicet juris ſit, ſi alimentarius ſine prætore quidem tranſegerit, ſed tranſactionem firmaverit juramento, an non ſaltem jurata tranſactio de alimentis valere, & rata atque efficax eſſe debeat,

beat, quamvis inconſulto prætore facta? & hic quoque eodem modo, quo illic, reſpondendum eſt; ſi de jure civili quæratur, nullos in univerſum actus illo jure invalidos aut legibus improbatos firmari accedente juramento, *l.5. C.de leg.* Juris vero Canonici alia ratio eſt, quippe ſecundum quod jusjurandum omne validum eſt, quod ſine diſpendio ſalutis ſervari poteſt, *C.quamvis de pact. in 6.* Jam vero apertiſſimum eſt ob civilem duntaxat rationem tranſactionem hic prohiberi, alioqui & perpetua fuiſſet iſta prohibitio, & ſemper ſolennitas iſta obtinuiſſet, quæ tamen primum auctorem habet D.Marcum. Quod ſi naturalem aut moralem haberet prohibitionem, ne jure quidem Canonico juramento firmaretur, *c.non eſt oblig.de reg.jur. in 6. vid. Covar.in d.cap. quamvis, p.2. §.6. n.12. Facbin.3. contr.21.* Subjungamus nunc aliquot exceptiones ſive caſus, quibus tranſactio cum alimentario facta etiam citra prætoris auctoritatem rata habetur. Caſum unum habemus in *§.cum tranſactionem 6.d.l.cum hi*, nempe ſi alimentarius transigendo conditionem alimentorum fecerit meliorem. Etenim Divo Marco propoſitum fuit alimentario prodeſſe, non officere, aut commodis ejus obſtare.

18 Ceterum quod in *pr.d.§.eam tranſactionem*, dicitur oratione improbari eam tranſactionem, quæ ideo fit, ut quis repræſentatam pecuniam conſumat, ei obſtare videtur, quod mox ſubjicitur, poſſe & inconſulto prætore tranſigi, ut quod per ſingulos annos alimentario relictum eſt, conſequatur per ſingulos menſes; aut quod per ſingulos menſes relictum, conſequatur per ſingulos dies. Non enim perpetuum aut abſolute verum eſt, quod Ulpianus ait, tali tranſactione meliorem fieri conditionem alimentarii: fieri enim poteſt, ut alimentarius pecunia repræſentata ſtatim conſumta reliquum tempus egeat. Dicerem potius Divum Marcum eas ſolummodo tranſactiones prohibuiſſe videri, per quas alimenta intercipiuntur. In caſu autem propoſito, etſi unius anni aut menſis alimenta repræſentata citius conſumta ſint, ſequentium tamen annorum & menſium ſalva manent: & fieri ex contrario quoque poteſt, ut egeat alimentarius, ſi finito demum anno alimenta conſequatur. Et hanc etiam ipſius Ulpiani ſententiam fuiſſe arguit ratio, quam reddit in fine ejuſdem loci.

19 Caſum alium, quo tranſactio rata eſt etiam citra prætoris auctoritatem, habemus in *d.l.cum hi, §.ult.* nempe ſi ad habitationem relicta ſit certa quantitas annua, & ſine arbitrio prætoris ita tranſactum ſit, ut præſtetur habitatio. Ratio eſt, quia in hac ſpecie ſatisfit voluntati teſtatoris. Illud enim curandum non eſt, quod ruinæ aut incendio ſubjecta eſt habitatio: nam & alias quoque ratio non habetur damni, quod non inconſulte, ſed fato contingit, *l.verum 11. §.item non 4. ff. de minor. l.1. §.ſi magiſtratus 11. ff.de magiſtr. conven.* Ex contrario quoque ſi pro habitatione, quæ relicta erat, convenerit, ut certa quantitas præſtaretur, valet tranſactio & citra prætorem, *d.l.cum hi, §.ult.* quoniam, ut recte Bartolus, per hujusmodi tranſactionem non receditur a forma legati, nec alimentarii conditio

deterior efficitur, ut dici poſſit non ſatisfieri voluntati teſtatoris. Intelligendus autem haud dubio locus eſt de quantitate annua, & qua commoda habitatio conduci poſſit.

20 Poteſt denique huc referri & ſpecies *§.pen.d.l.cum hi*, quæ quodammodo media videtur: videlicet, ſi convenerit, ut alimentarius pro vino, & oleo &c. ad alimenta relictis, nummum quotannis aut quot menſibus acciperet: aut ex diverſo, ut pro nummis eadem contemplatione relictis acciperet frumentum, aut alia ad victum neceſſaria, genere tantum mutato. Etenim tranſactio quidem etiam ſine prætore in hiſce ſpeciebus fieri poteſt: ceterum non aliter, quam ſi utilis ſit alimentario, recipietur: ſin minus, rejicienda eſt; ejuſque rei arbiter & diſceptator prætor erit: quippe qui non tantum permittendæ tranſactionis cauſa decretum interponit ex SC. ſed & cum ſe inconſulto tranſactio facta eſt, de ea diſceptat, rejicienda ea ſit, nec ne.

21 Antequam hinc abeo, hoc unum adhuc expediendum, an quis alimenta ſibi relicta donationis cauſa ex liberalitate remittere poſſit, ſive quod idem eſt, an gratis de futuris alimentis citra prætorem paciſci liceat. Negat id Coſtalius in *d.l.cum hi*, & ita Gloſſam & DD.omnes ſentire ait, præter Fulgoſium. Utique non omnes, qui admittunt gratuitam de rebus teſtamento relictis pactionem ſine inſpectione tabularum, eandem quoque admittunt in quæſtione hic propoſita: ſed qua ratione moveri potuerint, ut in uno pactionem rejicerent, in altero admitterent, equidem non video. Nam illa Cujacii ducta a tranſactione ad pactionem, aut aliorum a favore ultimæ voluntatis, non magis in uno quam in altero locum habere poteſt. Et omnino veriorem hic quoque eſſe exiſtimo ſententiam affirmantium, Fulgoſii, Jaſonis, *Don. in l.8. C.hoc tit. Connan.5.commen.7. Bachov. C.2. ad hoc tit. n.7.* Cujus ego aſſertionis firmamenta hæc habeo. Primum, quia pactio nullibi prohibetur, ſed tantummodo tranſactio, quæ prohibitio cum ſit contra regulas juris communis, non eſt producenda ad conſequentias, *l.quod vero 14. & ſeq. ff.de legib.* Viſum quippe eſt teſtatoris voluntatem conſervari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non ei, qui contemneret. Et in eos duntaxat caſus leges providere ſolent, in quos proclivior eſt exceſſus, *l.4. §.1. ff.ad SC. Vell.pr. Inſt.quib.alien.lic. & tit. Inſt.de leg.Fuſ.Can.toll.* Nemo autem facile quicquam remittit gratis, quod donare eſt & perdere, *l.cum de indebito 25. ff.de probat. l.ſi quis, ff.de novat.* Secundo quia unusquiſque quod ſibi relictum eſt, repudiare & contemnere poteſt. Et quæſo qua ratione quis impedietur, quominus omittat & non petat, quod ſibi relictum eſt? Quid denique intereſt utrum non petat prorſus repudietve, an remittat? Tertio quoniam in pacto ſimplici ceſſet ratio, quæ in tranſactione cognitionem prætoris deſiderat, ne ſcilicet alimentarius circumveniatur: neque enim qui ultro remittit, decipi videri poteſt; ſed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum præſens habere, quam ſingulis annis particulam. Non movet, quod ne fundum quidem in

ali-

alimenta oppigneratum alimentarius liberare poteſt, *§.ſi uni* 15.*d.l.cum hi*; nam qui vult alimenta perſequi, ſine prætore nihil facere poteſt, quo eorum conditio deterior fiat. Nec obſtat ejuſdem *l.cum hi*, *§.ſi prætor* 17. quoniam illic non de alimentario remittente, verum de prætore negligente & citra cauſæ cognitionem tranſigi permittente agitur.

CAP. VII.

Quatenus in cauſis criminalibus tranſactio permiſſa, *ad l.tranſigere* 18. *C.hoc tit.*

SUMMARIUM.

1 *Capitale crimen quid, & unde dicatur.*
2 *Capitale interdum id ſolum ſignificat, quod vindicatur morte.*
3 *Ratio ob quam tranſactio in cauſa ſanguinaria permiſſa tum reo, tum accuſatori.*
4 *Reum quovis tempore tranſigere poſſe.*
5 *Accuſatorem incboata demum accuſatione.*
6 *Confutatio diſtinctionis Pacianæ.*
7 *Occurritur D.Matthæo contendenti accuſatorem poſt inſtitutam accuſationem impune non poſſe tranſigere.*
8 *Effectus bujus tranſactionis.*
9 *Per banc tranſactionem non fieri præjudicium cauſæ publicæ.*
10 *Non eandem hic tranſactionis vim eſſe, quæ rei judicatæ.*
11 *Crimen non perimi abolitione.*
12 *An magiſtratus nullo exiſtente accuſatore, ex officiò inquirere poſſit.*
13 *Tranſigi non poſſe ſuper crimine fuſtigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente.*
14 *An tranſactio permittenda in crimine majeſtatis & parricidii.*
15 *Explanatur* l.ult. C.de abolit.
16 *Quid ſi delictum tale ſit, quod ordinaria pœna mortis non punitur; ſed cujus pœna ex circumſtantiis ad mortem uſque extendi poſſit.*
17 *Crimen adulterii an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter.*
18 *Rationes, ob quas de prima regula* l.tranſigere, *excipiatur adulterium.*
19 *An licita tranſactio de raptu.*
20 *An de ſtupro.*
21 *An de inceſtu.*
22 *Exponitur* l.1.§.3. ff.de calumniat.
23 *An etiam pactio in criminibus non capitalibus probibita.*
24 *Pœna poſt litem conteſtatam de crimine non capitali tranſigentium, tum actoris tum rei.*
25 *An reus pendente judicio tranſigens babeatur etiam pro condemnato.*

26 *Quid*

26 *Quid hic in pactione gratuita.*
27 *Quid in tranſactione aut pactione facta ante judicium inſtitutum.*
28 *Notatur aliquid ſingulare in crimine adulterii.*
29 *An in privatis criminibus licita tranſactio.*
30 *Quibus rationibus moti plerique interpretes putaverunt crimen falſi excipi de regula ſecunda* l.tranſigere.
31 *Confutatio hujus ſententiæ.*
32 *Verbum* citra *apud bonos auctores nunquam uſurpari pro* præter, *ut ſit nota exceptionis.*
33 *Apud auctores hujus reſcripti ſemper pro* fine.
34 *Apud Papinianum* l.ult. ff.de calumniat. *notam exceptionis eſſe non poſſe.*
35 *Vocem* præter *non ſemper denotare exceptionem.*
36 *Poſtrema clauſula hujus reſcripti contineri legis ſanctionem.*
37 *Refellitur prima exceptionis ratio.*
38 *Secunda ratio exceptionis rejicitur.*
39 *Oſtenditur locos, qui ad probandam exceptionem afferuntur, nihil minus probare.*
40 *Verborum* citra falſi accuſationem *verus ſenſus.*
41 *Franciſci Hotomanni metathesis improbatur.*
42 *Diſpoſitio* l.tranſigere, *hodie fere ceſſat & inutilis eſt.*

NOn omnes cauſæ, quantumvis dubiæ, ſunt idoneum ſubjectum tranſactionis: ſed civiles duntaxat, non criminales: quippe in quibus non privata, ſed publica cauſa agitur. Pactiones autem niſi quæ de re privata fiunt, non valent, *l.6.§.ſi paciſcar* 14. & *§.generaliter* 16. *l.ſi unus* 17. §.4. *l.jus publicum* 38. *ff. de pact.* Enimvero admiſſa eſt ſpecies quædam tranſactionis in criminibus capitalibus, non equidem jure aliquo pactionis aut tranſactionis genuinæ,ſed miſerationis quadam ratione atque intuitu duntaxat. In quam rem extat reſcriptum Impp. Diocletiani & Maximiani *l.tranſigere* 18. *C. hoc tit.* in hæc verba: *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt. In aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet citra falſi accuſationem.*

Hujus reſcripti duæ ſunt partes: una eſt de criminibus capitalibus; altera de non capitalibus.

1 Capitale crimen a capite dicitur, facinus nimirum capite luendum: nam capitale eſt, quod capitis pœna luitur. In ſanctionibus antiquis *Capital* vocatur. *Cic.2. de legib.Feſt.* in voce *Capital, l.ult.* §.1. *ff.de term.mot. l.omne delictum* 6. *§.ſi quis* 6. *ff. de re milit.* Eſt autem pœna capitalis per quam caput eximitur de civitate, ſive id fiat morte, ſive maxima aut media capitis deminutione, *l.licet capitalis* 103. *ff.de verb.ſign.* Hinc capitalia judicia, quorum pœna vel mors eſt, vel deportatio ſive exilium aut aquæ, & ignis interdictio, vel metallum, *l.2.ff.de publ.jud.§.2. Inſt.eod.* & rei capitalis

pitalis damnatus, interpretibus Ulpiano & Africano, ex qua cauſa damnato vel mors, vel etiam civitatis amiſſio, vel ſervitus contigit, *l.2. ff.de pœn. l.edicto* 13. *ff.de bon. poſſ.* atque ita paſſim, *l.eum* 10. *ff. de jur. patron. l.qui cum* 14. *§.2. ff.de bon. libert. l.4. pr. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* Græci in Baſil. τὰ κεφαλικὰ θάνατον δηλῶσι, καὶ πολιτείας ἔκπτωσιν, capitalia mortem ſignificant & civitatis amiſſionem. Nimirum civitatis amiſſio morti ſimilis eſt, & mors quædam civilis, *§.1. Inſt.quib.mod.patr.pot.ſolv. l.1. §.filium* 8. *ff.de bon.poſſ.cont.tab.* Unde veteres dicebant, interire homines non ſolum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione, *l.verum* 63. *§.ſocietas ult. ff. pro ſoc.* Sed & omnis cauſa exiſtimationis Latine loquentibus capitalis dicitur, *d.l.licet capitalis* 103. *ff. de verb.ſign.* quamvis civilis cauſa ſit, nec ex ea ſequatur capitis ulla deminutio, ut apparet ex oratione Ciceronis pro Quintio, & ita veteres Gloſſæ, *capitalis* ἀτιμώτιος, id eſt, capitalis cauſa eſt, quæ irrogat infamiam, cum tamen per ſolius infamiæ irrogationem nemo capite minuatur. Sed hoc improprie & ſignificatu latiore: credo quia viris bonis non minus acerba famæ & exiſtimationis jactura, quam vitæ. Et ideo Modeſtinus in *d.l.* 103. *de verb.ſign.Licet*, inquit, *capitalis Latine loquentibus omnis cauſa exiſtimationis videatur: tamen appellatio capitalis, mortis, vel amiſſionis civitatis intelligenda eſt.* Et Cicero quoque *lib.9. epiſt.21. ad Pæt.* judicia capitis & famæ diſerte ſeparat.

2 Interdum vero *capital* id ſolum ſignificat, ob quod caput non de civitate, ſed de medio hominum tollitur, ſive cujus pœna mors eſt naturalis, & ſupplicium ſupremum, *l.relegati* 4. *ff.de pœn.* ubi Marcianus mortis quæ ſola eſt, pœnam capitis vocat, & deportationi opponit, & ſic in *l.caſtitati* 9. *C.ad leg.Jul.de adult. l.un. C. de crim. pecul. §.item lex Julia* 8. *& ſeq. Inſt.de publ. judic.* pœna capitalis, capitalis animadverſio, ſupplicium capitale, pro ſummo accipitur, κατ' ἐξοχὴν videlicet, ut & alias judicium capitale pro αἵματος δίκη, ſeu ſola cauſa ſanguinis. Atque in poſtrema hac ſignificatione etiam in hoc noſtro reſcripto crimen capitale ſumitur, nimirum cujus non alia pœna, quam mors eſt. Id vero ita eſſe & oppoſitio ſequens *in aliis autem criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt*, &c. demonſtrat, atque ut hoc ab Impp. expreſſum non eſſet, ex aliis tamen locis ſic hunc interpretandum eſſe diſceremus, *l.1. ff.de bon.eor. qui ant.ſent. l.ult.ff.de prævar.* ut taceam quod ratio, quæ hoc jus extorſit, idem manifeſte oſtendit. Falluntur autem nimis aperte, qui huc etiam pertinere putant crimina, quæ qualemcunque pœnam corporalem continent, puta fuſtigationem aut membri mutilationem, de quibus poſtea uberius.

3 Ajunt Impp. *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali prohibitum non eſt.* Hæc pars reſcripti prima. Admiſſa igitur hic eſt & pactio gratuita, & tranſactio; ut ſcilicet & reo liceat etiam cum pretio paciſci, & accuſatori cœptam accuſationem deſerere, ſive gratis ſive accepta pecunia. Nimirum, ut ante quoque dixi, admiſſa eſt in criminibus capitalibus, id eſt, iis, quæ ſanguinis pœnam irrogant, tranſactionis quædam ſpecies atque

ima-

imago: quoniam & accuſatori cauſam cœptam omittere, & reo permiſſum eſt accuſatori, ut omittat, aliquid dare: in quo ſimilitudo tranſactionis. Proprie enim nulla tranſactio nullum pactum eſt, niſi de re familiari, & quam quiſque, ut ad ſe pertinentem, remittere poteſt, *l.7.§.ſi paciſcar 14. ff.de pact.* Ratio autem, ob quam tranſactio hic permiſſa, non alia eſt, quam reſpectus quidam miſerationis, quod Principes ignoſcendum cenſuerunt ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemtum voluit, *l.1. ff.de bon. eor. qui ant. ſent. l.ult. ff.de prævar.* ex humanitate ſic interpretantes, ſi quid reus accuſatori dederit eumve corruperit, quaſi id fecerit territus potius gravitate & magnitudine periculi, ſalutiſque & vitæ ſuæ redimendæ gratia, quam conſcientia ſceleris. Hoc autem admiſſo in perſona rei, ut ſcilicet is de crimine capitali impune tranſigat, neque ob id pro convicto habeatur, *d.l.ult. ff.de prævar.* in conſequentiam actori quoque impune eſſe debuit, ſi is ex pactione ab accuſatione deſiſteret, accepta licet pecunia: cum alioqui tranſactionem nunquam ſit admiſſurus, & ita futurum ſit, ut miſeris reis ſpes omnis redimendæ ſalutis ſuæ præcidatur. Proinde accuſator deſiſtens non modo non incidit in pœnam talionis, ſed nec in pœnam SC. Turpilliani pecuniariam, de qua in *l.3.§.ult. ff.de prævar.* neque etiam ut prævaricator damnari debet, *l.ult. d.tit.* Eadem ratione nec abolitionem ab accuſatione deſiſtens impetrare neceſſe habet. Etenim ſi deſiſtere ſine pœna SC. poteſt, qui Principe permittente deſiſtit, *l.deſtitiſſe 13. §.1. ff.ad SC. Turpill.* poterit & qui deſiſtit permittente jure publico, *l.Gracchus, C.ad leg. Jul. de adult.* Et igitur loci, quibus generaliter definitur, eum, qui cum adverſario de crimine tranſigit, incidere in pœnam SC. *l.1. §.ſi quis 7. l.6. pr. l.in ſenatuſconſultum 15. pr. ff.ad SC. Turpill. l.2. l.3. C.de abolit.* aut reſtrigendi ſunt ad crimina non capitalia, ſeu quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, de quibus citra abolitionem tranſigere non licet: aut ſi ad crimina quoque capitalia eandem definitionem pertinere voluimus, addenda erit exceptio, niſi ex tranſactione cum reo facta accuſationem omiſerit.

4 Et reus quidem quovis tempore impune tranſigere poteſt, id eſt, tam ante, quam poſt accuſationem inſtitutam: eadem enim utroque caſu permiſſionis ratio eſt, eadem magnitudo periculi, ſive accuſatio immineat, ſive pendeat, ſcilicet mortis, ut nulla plane hic occurrat diſtinctionis aut reſtrictionis ratio. Denique leges quoque, quæ reo in cauſa ſanguinis tranſigere permittunt, generaliter atque indiſtincte loquuntur. Sed de accuſatore quæſitum eſt, an & ipſi utroque tempore permiſſa de crimine capitali tranſactio.

5 Et puto ego non eſſe. Ratio eſt quia ante cœptam accuſationem minæ de accuſando ſpeciem concuſſionis habent: ac proinde ſi quis accuſationem minatus non gratis ſed accepta pecunia deſiſtat, procul dubio incidit in crimen concuſſionis, *l.2. ff.de concuſſ.* quod & Hotomannus bene obſervavit *c.23. illuſt. quæſt.* Deinde cum ut ſupera quoque diximus, tranſactio-

nem

nem hic defendat, aut excuſet potius ratio miſerationis, nulla hæc eſt reſpectu accuſatoris, quo tempore liberam adhuc accuſandi poteſtatem habet, aut non accuſandi. Itaque non valet hic argumentum a reo ad accuſatorem. Hoc ergo dicimus, accuſatorem inchoata demum accuſatione impune tranſigere: & ratio eſt, quoniam jam ipſe quoque accuſator ſanguinem ſuum redimit propter periculum talionis, quæ ex ſecutura mox in crimen ſubſcriptione eum manet, *l.ult.C.de calumniat.l.ult.C.de accuſ.* Quid poſt inſcriptionem? Puto etiam tunc poſſe: quia cum eo tempore vel maxime talione obſtringitur, metu tanti periculi ab accuſatione deſtitiſſe videri debet. Video tamen hanc temporis in accuſatore diſtinctionem a pleriſque aut omitti, aut contemni, ab aliis nec reo ſemper parci.

6 Julius Pacius in *l.tranſigere n.*20. tribus modis contingere ait, ut accuſator accepta pecunia diſcedat a judicio. Aut enim mala fide, inquit, crimen intentavit, ut per concuſſionem metu illato pecuniam a reo extorqueret, nolens aliter quam accepta pecunia quaſi calumniæ pretio, reum dimittere: aut reus ſuæ cauſæ diffidens pecuniam dedit, ut accuſatorem corrumperet: aut denique pecunia data eſt, quia cum cauſa eſſet dubia, de ea tranſegerunt. Primo caſu punitur, inquit, accuſator propter calumniam & concuſſionem: altero caſu punitur reus propter corruptionem accuſatoris: tertio caſu cum tranſactio eſt permiſſa, ut in ſpecie propoſita, neuter punitur. De poſtremo caſu facile Pacio aſſentior. Sed & de primo non repugno: nam ſi accuſator ipſe exigat pecuniam, nec alia lege ſe ab accuſatione deſtiturum minetur, vix eſt, ut accepta pecunia non incidat in crimen concuſſionis: quamvis ſi ultro oblatam a reo eadem lege acceperit, ignoſcendum ei videatur. Ceterum quod ſecundum caſum attinet, in eo prorſus a Pacio diſſentio, cum utique reo liceat quocunque modo ſanguinem ſuum redimere, atque accuſatorem ſuum etiam pretio dato corrumpere, *l.1.ff.de bon. eor. qui ant. ſent. l.ult. ff. de prævar.*

7 Antonius Matthæus *lib.de criminib.ad tit.*19.*lib.*48.*ff.c.*7. converſo modo diſtinguit, contendens accuſatorem ante inſtitutam accuſationem abſque ulla fraude ſua tranſigere: poſt inſtitutum vero judicium, ſi transigat, incidere in SC. Turpillianum: quippe in quod incidant omnes, qui non impetrata abolitione accuſationem omittunt, *l.1. l.2. C.de abolit.* Itaque ex ſententia D.Matthæi nunquam ei, qui re ipſa accuſator eſt, impune licebit tranſigere; ſed ei duntaxat, qui τῇ δυνάμει, qui crimen comperit, & abuſive accuſator dicitur, propterea quod accuſator eſſe poteſt. Atqui diſerte reſponſum eſt eum, qui ob non accuſandum pecuniam accepit, concuſſionis teneri, *l.2. ff.de concuſſ.* Quo colore ergo dicemus eum poſſe impune tranſigere? Rurſus ſi dicimus actorem poſt conſtitutum judicium tranſigentem incidere in pœnam Turpilliani, futurum eſt, ut ipſi quoque reo inutilis ſit tranſactionis permiſſio, eo quod metu hujus pœnæ a transactione deterrebitur actor; & ſic reo fructus earum conſtitutionum auferetur, quæ ſanguinem ſuum redimenti ignoſci volunt. Sed & omnino pro-

Digitized by Google

babile eſt, reſcriptum ipſum Impp. directum fuiſſe ad accuſatorem poſt inſtitutam accuſationem de tranſactione meditantem, & ſuper hoc conſulentem principes. Tametſi autem non quemvis actorem, crimine nonjprobato, ſtatim talio manet, ſed eum duntaxat, quem calumniatum eſſe judex pronunciaverit, *l.*1. §.3. & 4. *ff.ad SC. Turp.* ſufficit tamen, quod ſimilitudine ſupplicii obligatus ſit, & non probato crimine ut calumniator damnari poſſit: etiamſi forte falſum crimen non intenderit, ſed tantum in probatione defecerit. Sed inquit D.Matthæus, reſcriptum in *l.2. C.de abolit.* non poteſt intelligi de crimine non capitali, cum eodem reſcripto jubeatur in reum inquiſitio fieri: de crimine autem non capitali tranſigens pro victo habeatur, *l.ult. ff.de prævar.* At inquam, ſic argumentando videtur vir doctus in partes noſtras tranſire, & fateri reum ſuper cauſa capitis tranſigentem pro victo non haberi, propterea quod in crimen adhuc inquirendum ſit: quod & nos ultro fatemur. Verum & hoc inſuper addimus, non continuo etiam reum, qui de crimine capitis pœnam non ingerente tranſegit, ad ſupplicium rapi: ſed quamvis graviſſimo ſe oneret præjudicio & juris præſumtione, quod conſcientia criminis adverſarium corruperit, opus tamen adhuc eſſe ampliori cognitione antequam ſequatur damnatio, ut recte Baldus in *d.l.tranſigere, columna ult. Borcholt.c.3.n.*88. *fac.l.ejus qui* 29. *ff.de jur. fiſc. l.*1. *§.Divus* 17. *de quæſt.*

8 Effectus hujus tranſactionis eſt, ut neque reo, neque actori noceat, id eſt, ut nec reus tranſigens pro confeſſo & convicto habeatur (quod alias fieret, *l.ult.ff.de prævar.*) nec accuſator in pœnam prævaricantium aut ſenatuſconſulti Turpilliani, talioniſve incidat, ut ſupra dictum eſt. Deinde reo non modo non nocet tranſactio, ſed etiam prodeſt; nimirum ad hoc, ut idem ille accuſator repetere accuſationem non poſſit, ſed reus ab illo liberetur: ait enim JC. in *d.l.*1. *ff. de bon. eor.qui ant. ſent.* reos ſanguinem ſuum redimere poſſe, atque ita ab accuſatore liberari.

9 Non tamen ob id præjudicium fit cauſæ publicæ, ſiquidem privata pactione publica coercitio tolli non poteſt, *l.*5. *ff.de pact.dotal.* nec patitur publicæ diſciplinæ vigor ut delicta maneant impunita, *l.ita vulneratus* 51. *§.æſtimatio*, *ff.ad leg. Aquil. l.locatio* 9. *§.quod illicite*, *ff.de public.* Itaque cum hujus tranſactionis non ea vis ſit, ut crimen perimat, ſed accuſationem duntaxat, & hactenus ut illa ab eodem repeti non poſſit, ſequitur omnino reum adhuc aliorum accuſationi obnoxium manere, cum publicorum judiciorum accuſatio cuivis e populo pateat, *§.2.Inſt.de publ.judic.* At enim, inquies, non minorem authoritatem habet tranſactio, quam res judicata, *l.non minorem* 20. *C.de tranſact.* abſolutio autem a judice facta crimen perimit, ita ut nec alius ad accuſandum eum, qui ſententia judicis liberatus eſt, admittatur, niſi novus accuſator ſuum dolorem perſequatur, ignarus accuſationis ab alio inſtitutæ, aut priorem accuſatorem prævaricationis convincat, *l.*7. *§.*2. *de accuſ. l.*11. *C. eod. l.*3. *§.*1. *de prævar. l.ſi cui* 7. *§.*2. *ff.de accuſat. l.*9. *l.*11. *C.eod.*

10 Re-

10 Reſpondeo, comparatio illa tranſactionis & rei judicatæ non procedit in omnibus: neque enim ut res judicata pro veritate habetur, *l.ingenuum* 25. *ff.de ſtat. hom.* ita & tranſactio. Tranſactio inter heredem ſcriptum & legitimum facta non impedit, quo minus legatarii & fideicommiſſarii cum herede ſcripto in ſolidum experiantur, *l.3.pr.ff.hoc tit.* eaque non obſtante teſtamentum in ſuo jure manet, *l.ſi ſuſpecta* 29. §. 2. *ff.de inoff.teſt.* ſecus eſt, ſi contra teſtamentum pronunciatum ſit, *l.8. §.pen. l.cum mater* 28. *ff.d.tit.* quanquam jure noviſſimo nihilominus legata ex eo debeantur, *auth. ex cauſa*, *C.de lib.præter*. De criminibus omnibus judicari poteſt, tranſigi non item. Res judicata paratam habet executionem, tranſactio non habet: proinde mirum non eſt abſolutione crimen tolli: quamvis non tollatur tranſactione.

11 Sed nec abolitione magis, quam tranſactione crimen perimitur. Nam quod ſcriptum eſt in *l.1. C.de abolit.* interveniente abolitione crimen ſopiri, non hoc ſignificat, crimen perimi aut extingui: quippe ſopita ſuſcitari queunt; peremta nunquam reviviſcunt. Sed & crimen illic poſitum eſt pro criminatione ſive accuſatione, quod minime eſt inſolens, *l.1. §.1. ff.de ſuſp. tut. l.propter* 21. *ff.de SC. Silan. l.ult.ff.ad leg. Jul.majeſt.* atque id reſpectu accuſatoris dictum intelligi debet, cui ſopitum abolitione crimen, ſine ſupplicatione renovare non licet: ad reum vero quod attinet, is & ab alio accuſatore, & ab ipſo quoque judice repeti poteſt, ut recte D. Matthæus, *d.cap.7.*

12 Quid vero ſi poſt tranſactionem aut pactionem unius accuſatoris nemo alius reperiatur, qui accuſare velit, an impunitum manebit facinus? Reſpondemus poſſe adhuc magiſtratum ex officio procedere & in crimen inquirere, atque in convictos animadvertere, per *l.congruit* 13. *ff.de offic. præſ. l.1. in pr. C.de cuſt. reor. l.7. C.de accuſat. Nov.* 128. *c.*21. *Fachin.*1. *contr.*34. *& ibi citati*. Bene autem idem Fachinæus eodem loco monet, eam inquiſitionem non poſſe inchoari, niſi legitima diffamatione, legitimiſque indiciis atque argumentis præcedentibus. Jure Canonum res hæc plane certa eſt atque explorata, *c.qualiter & quando, de accuſ. & inquiſit.*

13 Quoniam autem diximus, primam hujus *tranſigere* partem pertinere ad crimina, quæ mortis pœnam inferunt, hinc apparet, tranſigi non poſſe de crimine, quod fuſtigationem continet. Ratio eſt quia ea pœna non eſt capitalis, ſed toto genere a capitali ſecernitur, *l.2.in fin.ff.de publ. judic.* Sed nec in membri mutilatione procedet tranſactio: quippe membro amputato manet nihilominus homo incolumis: aperteque labitur *Gomez.3. reſol.3. n.*54. *& Clar. §.fin. pract.crim. quæſt.*58. *n.*7. *&* 8. in quavis corporali pœna tranſactionem admittentes. Deportatio quoque toto gradu a mortis pœna diſtinguitur, *l.capitalium* 28. *in fin. pr. ff.de pœn.* & demum in inſulam deportatio, ſi interdictis locis excedat, capitis pœna irrogatur, *l.4. ff.d.tit.* ac proinde dicendum eſt, nec in crimine, cujus pœna deportatio eſt, licitam eſſe tranſactionem: multoque minus licita erit in cauſa in-

famiæ : nam & ea aperte diſtinguitur a capitali, *d.l.capitalium,§.1.*& quamvis alibi fama vitæ comparatur, *l.juſta* 9. *ff.de man. vind.* vitam tamen ſecum non trahit:pœnaque infamiæ non niſi improprie capitalis dicitur, *l.licet* 103. *ff.de verb.ſign.* In pœnis autem propria ſignificatio ſpectanda. Sed quid dicemus de pœna perpetui carceris? Sane quidem carcer interdum pœna appellatur, *l.3. ff. de cuſtod.reor. l.2. C. eod.* Ceterum nuſquam jure civili pœna perpetui carceris, quod ad liberos homines, vel cognita, vel licita, *l.aut damnum* 8. *§.ſolent* 9. *l.mandatis* 35. *ff.de pœn.l.6.C.eod.* Quamvis autem jure Canonico, quod mores hodierni ſequuntur, talis pœna permiſſa ſit, *C.quamvis, x. de pœn. in* 6. tamen cum hæc pœna nequaquam mortem ingerat, nec ſanguinis ſit, non erit licita hic tranſactio, *Clar. d.quæſt. num.9.*

14 Majeſtatis & parricidii crimen quin capitale ſit, & pœnam mortis inferat, nullum eſt dubium : ſequitur ergo de utroque paciſci vel tranſigere licere, argumento primæ partis *d.l.tranſig.re*, ubi unum duntaxat adulterii crimen excipitur. Habet quidem perduellionis crimen hanc ſingularem præ ceteris indolem, quod perſecutio ejus etiam poſt mortem rei inchoari queat, *l.ex judiciorum* 20. *ff.de accuſ. l.ult. ff.ad leg. Jul. Maj.* ſed ſingularia non ſunt extendenda : & longe diverſum eſt, quo de hic quærimus. Non obſtat, quod conſcii, qui non detulerunt hæc crimina, morte plecti jubentur, *l.5. §.6. & 7. C.ad leg.Jul. Maj.l.2. l.6. ff.ad leg.Pomp. de parric.* Etenim conſcius ſive probationes habeat, ſive non habeat, debet iſta crimina detegere ac deferre per *dd.ll.* accuſare tamen non tenetur, ſive probationes habeat, ſive non habeat: nulla enim lex hoc ei injungit; ac proinde ſtandum eſt regulæ, quod nemo invitus accuſare teneatur, *tit. C. ut nem.invit. ag. vel accuſ.* ſtandum generali definitioni hujus *l.tranſigere,* quod ſuper crimine capitali tranſigere prohibitum non ſit, *Borcholt. de tranſact.c.3.n.*81. *Pac.ad l.tranſigere, n.*38. *Cujac.*6. *obſ.*11. diff. *Delrio ad hanc l.tranſigere, n.*48. *D.Math. n.*14. Loci vero in contrarium allegati conſcium criminis puniunt non ob accuſationem non inſtitutam, vel pactione aut tranſactione finitam, ſed ob ſilentium; quia rem occultam habuit. Non tenetur igitur accuſare invitus, ſed denuntiare tenetur, ut judex ex officio ſuo in denuntiatum inquirat : id enim facere judicem poſſe, nullo exiſtente accuſatore, ſupra demonſtravimus.

15 Non obſtat, quod in crimine majeſtatis non conceditur abolitio, *l.ult. C.de abolit.* Aliud enim longe eſt, abolitionem, ideſt, accuſationis omittendæ licentiam, aut exemtionem a crimine petere ; aliud tranſigere. Abolitio fit intercedente auctoritate magiſtratus, *l.1. & ſeqq. C.de abolit.* vel a Principe aut Senatu conceditur ob diem inſignem lætitiamque publicam, *l. abolitione* 8. *l.ſi interveniente* 12. *ff. ad SC. Turpill.* res etiam criminis abolitionem continet. Tranſactio fit pactione privata inter actorem & reum, eo effectu, quem ſupra indicavi. Imperatores in *d.l.ult.* loquuntur de accuſatore & accuſato petentibus abolitionem,non de tranſigentibus

aut

aut paciſcentibus inter ſe,ut omittatur accuſatiō. Abolitionem in tam immani crimine petitam jubetur judex denegare : tranſactio autem non vetatur. Itaque conſtanter dicimus etiam hic reo ſanguinem ſuum redimenti ignoſcendum eſſe,& actorem, qui cum eo tranſegit aut pactus eſt, impune ab accuſatione deſiſtere, quia permiſſu legis deſiſtit, & ideo nec opus habet abolitione, ut paulo ante expoſuimus.

16 Quid ſi delictum tale ſit, ex quo quidem ordinarie pœna mortis non ingeratur, ſed cujus pœna ex circumſtantiis arbitrio judicis ad mortem uſque extendi queat? Quidam putant hic tranſactioni locum non patere, ne aliqui nimium hoc jus porrigatur, & in pleriſque delictis paulo gravioribus (ex quibus pœna extraordinaria ad mortem uſque extendi poteſt juxta communem DD.ſententiam) ſemper habeat reus, quo ſe excuſet, ne ob corruptum pretio adverſarium pro confeſſo habeatur. Neque vero eandem eſſe rationem delicti, quod ex ſe & natura ſua pœnam capitalem meretur, & quod ex accidenti, ita arbitrante judice. Ego tamen etiam hoc caſu regulæ ſtandum arbitror. Parum enim intereſt, certo conſtet pœnam capitalem irrogatum iri, an de eo dubitari poſſit? ſufficit enim, ut regulæ locus ſit, mortis periculum quomodocunque imminere. Itaque cum pactio vel tranſactio admittatur hujus periculi vitandi cauſa, *l.1. ff.de bon.eor.qui ant.ſent.* & idem periculum etiam in re dubia immineat, quia fieri poteſt, ut judex pœnam capitalem, ſeu jure ſive injuria, ſit irrogaturus, putarem etiam hoc caſu permiſſam tranſactionem; & huc facit *arg.in l.7.§.1.ff.quod met.cauſ.* JC. juſtum metum mortis eſſe, ait, ſi quis occidi potuit, vel non jure. Debet itaque & in noſtro caſu idem metus pro juſto haberi & locum veniæ facere, ut reus id ipſum, quod in judicantis poteſtate extremum eſt, formidaſſe intelligatur. Denique illi ipſi, qui ex pœna ordinaria duntaxat, quæ ſcilicet certo generi delictorum legibus impoſita eſt, æſtimandum putant, licitane ſit tranſactio, an ſecus, fatentur ultro licitam hic eſſe tranſactionem, ſi forte circumſtantiæ tales ſint, quæ facile judicem movere poſſent ad inclinandum in ſententiam capitalem, & hæc quoque Julii Pacii ſententia eſt ad hanc *l.n.14.*

Atque hactenus quidem explanavimus regulam prima parte hujus reſcripti contentam: ſequitur, ut ejuſdem quoque regulæ exceptionem,quam addunt Imperatores, examinemus. Ajunt *excepto adulterio.*

17 Hæc exceptio arguit crimen adulterii tempore Diocletiani mortis pœna multatum fuiſſe. Imo etiam multo ante capite id ſancitum fuiſſe evincitur ex *l.caſtitati 9. C.ad l.Jul. de adult.* quod reſcriptum Alexandri eſt, qui multis annis Diocletiani Principatum anteceſſit. Juſtinianus tamen *Nov.134. c.10.* ex conſtitutione demum Conſtantini capitalem adulterii pœnam eſſe teſtatur, quod & Briſſonius *lib.ſing.ad leg.Jul.de adul. & Don. ad hanc l. n.6.* exiſtimant. Cujacius vero *lib.6. obſ.11.* contendit primos Conſtantium & Conſtantem id capitale feciſſe per *l.4. C.Theod. quor. app. non recip.* ante tempora quidem Conſtantini, ſed poſt Diocletiani. Sane ex

lege

lege Julia capitalem hujus criminis pœnam non fuiſſe conſtat ex Taciti annalium *lib.* 1.2.& 3.ſed neque tempore Alexandri morte vindicari ſolitum, non obſcure indicant *text. in l.ſi quis viduam* 5. *ff.de quæſt. l.Claudius* 13. *ff.de his quæ ut indig. l.miles* 11. *ff. ad leg.Jul. de adult. l.ex eo* 18. *ff. de teſtib.* quæ Pauli eſt, collegæ Ulpiani,& Alexandro Principi a Conſiliis. Divus quoque Auguſtinus ſagaciſſimus antiquitatis indagator *lib.*3. *de civ. Dei.* ſcribit Romanos fœminas adulteras,quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte puniſſe: ut omnino veroſimile ſit *d.l.caſtitati, C.ad leg.Jul. de adult.* & hoc noſtrum reſcriptum interpolata eſſe a Triboniano, quod & Briſſonio, Cujacio, Donello ad hanc *l.n.*6. Delrio *n.*85. Melch. Klock *par.*2. *c.*2. videtur. Sed hoc alias forte latius. Quod ſi quis jam ex me quærat, quidnam cauſæ ſit, cur cum de ceteris criminibus capitalibus tranſigere fas fuerit, non tamen idem permiſſum adulteris?

18 Reſpondebo. 1. exceptum eſſe adulterium ob frequentiam flagitii. Martialis *lib.6. Epigram.*

Luſus erat ſacræ connubia fallere tædæ.
Luſus erat teneros, &c.

Jam vero frequentia delicti ſæpe exigit, ut ſupplicium exacerbetur, & nimium multis graſſantibus opus eſt exemplo & majore ſeveritate, *l.aut facta* 16. *§.ult. ff.de pœn.* 2. Ut tanto magis tranſactione prohibita matrimoniorum caſtitati ſtuderent cives Romani. 3.Quia adulterii accuſatio non omnibus promiſcue patet: nam olim extranei poſt patrem demum & maritum adulteræ admittebantur, *l.*4. *§.*1. *& paſſim, ff.ad leg.Jul. de adult.* poſtea extranei plane excluſi, *l.quamvis* 30. *C. eod.* Quare admiſſa hic tranſactione facile futurum erat, ut ejus criminis impunitas ſequeretur. 4. Quia hæc tranſactio ob conſcientiam & patientiam ſtupri videtur aliquid lenocinii ſimile habere, & per eum quaſi venalia fiunt civium matrimonia, cum ingenti dedecore civitatis, eoque pertinet illud Virgilianum *lib.*12. *Æneid. Deformare domum, & luctu miſcere Hymenæos, l.mariti* 29.*pr.& §.*2.*junct. l.*2. *§.*2. *& ſeqq. ff.eod.* 5. Quod adulterio turbentur familiæ, quibus per id partus alieni ſpuriique inſeruntur. In ſumma cum cetera fere delicta propriæ turpitudinis finibus continentur, adulterium quoddam veluti vitiorum agmen trahit, *Diod.Sicul. lib.*1. *Biblioth.* Atque hæ rationes ſatis graves ac dignæ mihi videntur,ut & magnis quoque doctiſque viris,Duareno, Donello, Mornacio, Bachovio, Ant.Matthæo, ob quas tranſactio ſuper crimine adulterii, etiam poſtquam id capitale factum eſt, non ſit admiſſa, contra receptam in ceteris cauſis capitalibus regulam.Et quidem ſi maritus aut quis alius pecuniam accepit, ne accuſet, plectitur: ſi gratis ante litem conteſtatam pactus eſt, ne accuſet, non plectitur, *l.*2. *§.*2. *l.ſi maritus* 15. *§.ſi negaverint* 5. *l.mariti* 29.*§.*2. *ff.eod.* Quod ſi poſt cœptam accuſationem pactus eſt licet gratis, in pœnam SC.incidit, quia deſiſtit ſine abolitione, *l.de crimine* 10. *C.eod.*

19 Quæ-

19 Quæſitum memini, cum ſolum adulterium a regula excipiatur, an de raptu, de ſtupro, de inceſtu, quæ tria crimina magnam cum adulterio affinitatem habent, tranſigere liceat. Et quidem, ut de raptu incipiam, conſtat id crimen capitale eſſe, & ultimo puniri ſupplicio, *l.5. §.2. ff. ad leg. Jul. de vi publ. l.un. C.de rapt. virg.* Sed nuſquam expreſſe vetitum de hoc crimine tranſigere; ac proinde dicendum videtur de eo tranſigere licere juxta regulam primæ partis hujus reſcripti. Tamdiu enim regulæ ſtandum eſt, donec probetur exceptio. Unde Doctores noſtri ajunt, qui pro ſe habet regulam, eum habere intentionem ſuam fundatam, atque ideo in adverſarium exceptionem prætendentem onus probandi transferre, in qua probatione ſi defecerit, ſecundum regulam pronunciandum eſſe, per *l.ab ea 5. ff.de probat. cum ſimilib.* Non eſt contrarium, quod ſervus raptum virginis deferens libertate donatur, *l.pen.C.pro quib.cauſ.ſerv.pro præm.* Ex eo enim minime ſequitur propter pactionem aut tranſactionem de raptu paciſcentem puniri aut pro convicto haberi: ſicut nec ex eo, quod parentes, qui patientiam præbuerunt, ac dolorem remiſerunt, deportatione plectuntur, *d.l.un. C.de rapt.virg.* aliud enim eſt paciſci vel tranſigere ſuper accuſatione raptus, aliud dolore, quem raptus attulit, remiſſo, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat, *Nov.*150. Sed neque in *Nov.*143. magis, quam alibi, agitur de parentibus paciſcentibus ſuper accuſatione raptus; verum de iis, qui dolorem, ſeu rancanam, ut loquuntur, remiſerunt, etiamſi in nuptias non conſenſerint. Quod ſi hoc non placet, in proclivi eſt alia reſponſio, eaque meo judicio probabilior; nimirum ſpeciali ratione propter turpitudinem pactionis in parentibus puellæ tranſactionem cum raptore legibus Juſtiniani improbatam: nihil autem obſtare, quo minus extraneus accuſator cum eo paciſci vel tranſigere poſſit. Enimvero ſi raptor conveniatur lege Julia de adulteriis, non proprio crimine raptus ſeu lege Julia de vi, pactionem vel tranſactionem illicitam eſſe planum eſt, & ita propemodum Pacius *num.*34.

20 Quod ſtuprum attinet, nego de hoc crimine tranſigere licere: non quod, ut putat Pacius, appellatione adulterii etiam ſimplex ſtuprum contineatur: ſed quia ſimplicis ſtupri pœna non eſt capitalis, *§.item lex Julia 4. Inſt.de publ.jud.* & ideo ad ſecundam hujus legis partem, qua tranſactio de criminibus non ſanguinariis prohibetur, id delictum pertinet. Non movet, quod in *l.6. §.1. ff.ad leg.Jul. de adult. l.*101. *ff.de verb.ſign.* dicitur, legem Juliam his vocibus, *adulterium, ſtuprum,* promiſcue & indifferenter uſam eſſe, quamvis proprie adulterium dicatur, quod in nuptam committitur, ſtuprum, quod in virginem, &c. Nam ex eo recte quidem collegeris, verbo ſtupri etiam adulterium, tanquam ſpeciem ſtupri contineri, & ſtuprum quoque ſimplex eadem lege coerceri eadem pœna, qua adulterium, *l.11. §.1. ff. ad leg.Jul. de adult.* ſed non ex contrario adulterii vocabulo legem complecti & ſtuprum ſimplex, aut aucta adulterii pœna, & ſtupri cujusvis auctam. Vide poſt alios *Gœdd. in d. l.*101. *ff. de verb. ſign.* Plane ſtupri qualificati,

ut

ut nunc loquuntur, ſive præpoſteræ Veneris, *παιδεραστίας, ἢ ἄλλης παρὰ φύσιν μίξεως*, pœna quidem mors eſt, *d.§.4.Inſt.de publ. judic. l.cum vir* 31. *C.ad leg.Jul. d.adult.* ubi *ἀρσενοκόιται* exquiſitis pœnis ſubjici & gladio puniri jubentur. Sed hic ego admiſerim tranſactionem propter regulam primam noſtræ *leg.*a qua adulterium duntaxat proprias ob cauſas excipitur. Sed & ſi propter circumſtantias, puta ob vim adhibitam, &c. pœna ſtupri exacerbari & arbitrio judicis ad mortem uſque extendi poſſit, licitam quoque hoc caſu tranſactionem dixerim, per ea, quæ ſupra, atque eo refero *l.*1. §.2. *ff.de extraord. criminib.*

21 Inceſtus quoque jure noſtro pœna capitis non vindicatur, *l.ſi quis 6. & auth.ſeq. C.de inceſt. nupt. l.ſi adulterium* 38. *ff.ad.l.Jul.de adult. Nov.*12. *c.*1. Quamobrem nec de inceſtu licita tranſactio, propter regulam ſecundæ partis hujus reſcripti. Quod ſi inceſtus cum adulterio conjunctus eſt, tranſactioni obſtat regulæ primæ partis exceptio, *D.Matth.*12.

Sequitur reſcripti pars altera. Ajunt Impp. *In aliis autem criminibus publicis, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem*. De criminibus igitur non capitalibus, id eſt, quæ ultimo ſupplicio non puniuntur, ſed aut membri mutilatione duntaxat, aut fuſtigatione, exiliove, aut publicatione bonorum, tranſigere non licet. Ratio eſt, quia in his nulla tanta occurrit miſerationis ratio, ut a tenore juris legumque ſeveritate viſum fuerit recedendum eſſe. Tantum de vita ſua periclitantibus & ſanguinem ſuum qualicunque pacto redimentibus ignoſcendum putaverunt legum conditores, *d.l.*1. *ff.de bon. eor. qui ant. ſent. l.ult. ff.de prævar.*

22 Huic autem ſecundæ reſcripti regulæ objicitur, quod ab Ulpiano *l.*1. §.3. *ff.de calumniat.* traditum eſt, ſi quis pecuniam dederit adverſario ſuo (intellige ſive in publicis, ſive in privatis cauſis, ut *d.l.*1. §.1. *& pr. d.§.*3.) tranſigenti animo, ceſſare eas conſtitutiones, quæ ex hac cauſa litem perire jubent; & additur pro ratione, quia non ſit interdictum tranſactionibus, ſed ſordidis concuſſionibus. D.Pacius putat ſolutionem hujus objectionis eſſe facilem, nempe textum iſtum accipiendum eſſe in terminis habilibus, cum tranſigitur de crimine capitali, juxta diſtinctionem hujus *l.tranſigere*, quod & vir clariſſimus Petrus Cunæus Collega quondam meus probabat. Sed quid ſi potius textum hunc juvemus diſtinctione, quæ non eſt in ipſo textu, dicamuſque eum locum accipiendum eſſe de eo actore, qui criminaliter agere propoſuerat, cum & civiliter agere poſſet? huic enim in caſu nondum cœpti judicii nihil obſtare videtur, quominus pecunia accepta accuſationem nondum inſtitutam remittat: quippe quem conſilium mutaſſe, & pro eo, quod civili judicio conſequi potuiſſet, ſeu pro damno ſibi dato, pecuniam accepiſſe credendum ſit, & ita non pugnabit *l.ult. ff.de prævar.*

23 De pactione nihil exprimitur poſteriore regula: An igitur pactio, hic licita? Non puto, ſed quod in priore parte expreſſum eſt, in ſequenti

ti ex ſententia & mente legiſlatorum repetendum, *arg.l.Titia* 134.§.1.*ff.de verb. oblig.* & fac. *l.*1. §.*ſi quis* 7. *ff.ad SC.Turp. & paß. eod.* Proinde non minus pactio, quam tranſactio hic illicita: idque verum eſt ſive ante litem conteſtatam, ſive poſt eam interpoſita ſit.

24 Et quidem ſi poſt litem conteſtatam interpoſita ſit ſive tranſactio ſive pactio, actor incidit in pœnam SC.Turpilliani, *tot.tit.ff.& C.ad SC. Turpill.* nec petere poteſt quod tranſactionis cauſa ei promiſſum eſt *l.ſi quidem* 9.*C.de contrah.ſtipul.* Quod vero repetere accuſationem adverſus eundem non poteſt, non ex eo eſt, quod valet tranſactio: ſed quia ſe indignum accuſatione fecit, *l.*2. *l.*6. *pr.ff.ad SC.Turpill.l.*5.*ff.de prævar.l.abolitionem* 16. *C.ad leg.Jul.de adult.* Reus autem poſt judicium cœptum tranſigens habetur pro confeſſo & convicto, *l.*4.*l.ejus qui* 29.*ff.de jur.fiſc. l.ult.ff.de prævar.* & multatur etiam pecunia fiſco inferenda, *l.Imperatores* 34. *ff.de jur. fiſc.* Ceterum hoc ita ſi pretio pactus ſit, ut dixi, poſt judicium jam inchoatum: nam ea tranſactio habetur pro confeſſione facta in judicio. At ſi ante cœptum judicium facta ſit tranſactio, eſt quidem & ipſa invalida in crimine non capitali, ſed non inducit fictam confeſſionem.

25 Porro etſi tranſactio pendente judicio facta habeatur pro rei confeſſione, quæ fictio eſt: non tamen hinc ſequitur altera fictio, nempe ut reus ita per fictionem pro confeſſo habitus, ſimul etiam ante ſententiam habeatur pro judicato & condemnato: nam ita fictio geminaretur, quod fieri non poteſt. Vere confeſſus in jure habetur pro judicato, *l.poſt rem* 46.*ff.de re jud.* ſed ibi una tantum fictio eſt. Et quoniam, ut diximus, reus tranſigens de crimine non capitali poſt inſtitutum judicium pro confeſſo tantum, non etiam pro judicato habetur, inde eſt quod judex in *l.*2.*C.de abolit.* jubetur adhuc in crimen inquirere & ſententiam ferre: eodemque pertinet, quod Ulpianus in *l.ejus* 29. *ff.de jur.fiſc.* ait oportere prius conſtare, & de crimine pronunciare, & alioqui ſi pœnæ adjecta ſit confiſcatio, reuſque ante ſententiam moriatur, confiſcationi non erit locus, *d.l.ejus, de jur.fiſc.* neque obſtat *l.Gajus Sejus* 22. *ff. ad SC. Silan.* nam cum admiſſum tale eſt, cujus cauſa tantum pecuniaria ſit, ſeu in quo quæſtio principalis de pecunia moveatur, ejus cognitio morte rei poſtulati & pro confeſſo habiti non extinguitur: imo de novo cauſam deferre licet, *l.ult. ad leg.Jul. pecul.*

26 Quid in pactione gratuita? hæc quidem non efficit, ut reus pro confeſſo habeatur, licet poſt litem conteſtatam pactus ſit, *l.*4.*ff.de jur.fiſc.* utique tamen pactio invalida eſt, quia accuſator, ſi nondum deſtitit, poteſt porro accuſare: ſi autem deſtitit, in pœnam incidit SC. *l.*1. §.*ſi quis* 7. *l.*16. *ff.ad. SC. Turp.*

27 Invalida quoque eſt in crimine non capitali tranſactio & pactio facta ante litem conteſtatam. Nam etſi hic accuſator omiſſa accuſatione ex cauſa tranſactionis non incidit in pœnam SC. quoniam videri poteſt deſtitiſſe, qui non accuſavit, *l.*5. *ff.ad SC. Turpill.* tamen id quod tranſactio-

Kk nis

nis cauſa ei promiſſum eſt, non poteſt petere, *l.ſi quidem 9. C.de contr. ſtip.* atque ita hæc tranſactio non prodeſt accuſatori. Sed nec reo prodeſt: nam accuſator non obſtante tranſactione poterit accuſationem inchoare, remque in judicium deducere, neque ei ulla obſtabit exceptio. Idemque eſt, ſi accuſaturus ante judicium cœptum pactus ſit gratis, ne accuſet: neque enim poſtea accuſanti obſtare poterit pacti invalidi exceptio: ſiquidem accuſatione demum cœpta id obſervatur, ut qui ab inſtituta accuſatione deſiſtit ex cauſa tranſactionis aut pacti, poſtea non admittatur ad repetendam accuſationem, & præterea incidat in pœnam *SC.l.1. pr. & §.7. ff. l.2. l.6. C.ad SC. Turpill.* Illud certum eſt, ſicut is, qui ante inſtitutam accuſationem tranſegit aut pactus eſt, poteſt nihilominus accuſationem inchoare, ſi velit; ita poſſe eundem etiam eam omittere, ſi accuſare nolit, *arg. tit. C.ut nem. invit. ag. vel accuſ.*

28 Singulare eſt in crimine adulterii, quod maritus vel pater, ſi negaverint ſe accuſaturos, non poſſunt poſtea accuſationem inſtituere, & extranei tunc admittuntur, *l.ſi maritus 15. §.ſi negaverint 5. ff.ad leg. Jul.de adult.* Ratio eſt, quia extranei non admittuntur, ſi velit accuſare pater aut maritus, *l.4. §.extraneis, ff.eod.* Quod ſi illi expreſſe negaverint ſe accuſaturos, jam jus extraneis naſcitur, quod iis auferri non debet. Quod ſi maritus non negaverit accuſaturum, ſed facto ipſo non occupaverit accuſationem, hoc caſu extraneus eum præveniens nihil ipſi præjudicat, *d.l.4. §.ſi ante.*

29 Ajunt Impp. *In aliis publicis criminibus*. An igitur de privatis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non continent, licita tranſactio? Nequaquam. Ceterum adhibenda hic eſt diſtinctio: nam de privatis delictis & civiliter agi poteſt, & criminaliter, *l.ult. ff.de injur.* Cum civiliter agitur, licita eſt in hujuſmodi delictis pactio & tranſactio, obſtatque actori nihilominus agere volenti pacti aut tranſactionis exceptio, *l.ſi pro fure 7. pr. ff.de condict. furt. l.interdum 56. §.qui tutelam, ff.de furt. l.poſt deciſionem 13. C. eod.* At enim ſi pretio quis pactus ſit, id eſt, tranſegerit, obſtabit quidem & hic actori tranſactionis exceptio: ceterum paciſcentem pecunia data, ceu confeſſum, ſequetur infamia, *l.4. §.ult.l.5.l.6. §.3. ff.de his qui not. infam.* Cum autem criminaliter de furto puta aut ſtellionatu, aut aliis hujuſmodi privatis delictis agitur juxta *d.l.ult.ff.de furt. & l.ult. ff.de injur.* non eſt admiſſa tranſactio: ſed reus hic etiam pro confeſſo habetur, *l.ult.ff.de prævar.* & accuſator, licet non incidat in pœnam SC.Turpilliani, officio tamen judicis coercetur, *l.ſi quis 7. §.1. ff.ad SC.Turpill.* Itaque quod Imperatores ajunt, in publicis criminibus pœnam ſanguinis non ingerentibus tranſactionem eſſe illicitam, id non ideo ab iis dici intelligendum eſt, quia de privatis tranſactio ſit licita; ſed quia non ſemper illicita, non tunc cum de his agitur civiliter: ita ferme poſt Accurſ. Bart. Jaſ. Alciatum, &c. Fachinæus *lib.1. controv.9.*

Supereſt clauſula reſcripti ultima. Ajunt Impp. *Tranſigere non licet citra falſi accuſationem.*

30 His

30 His verbis veteres interpretes a ſecunda reſcripti regula excipi putant crimen falſi, ut hic ſit ſenſus, de criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, præter falſi accuſationem, aut excepta falſi accuſatione, transigere non licet: ut quemadmodum de prima regula excipitur adulterium, ſic de ſecunda excipiatur crimen falſi: & ita quoque Græci hanc clauſulam acceperunt: ſic enim illi *Βασίλ.* 11. ſecundam reſcripti regulam reddunt: *ὅσα δὲ μὴ ἔχει δί' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις οὐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος*: atque hanc ſententiam etiam neotericorum plurimi ſecuti ſunt, *Cujac.6. obſ.11. Borcholt. c.3. de tranſact. n.92. & ſeqq. Facbin.1. contr.6. Perez.C.de tranſact.n.12. Delrio ad l.tranſigere, n.141. & ſeqq. Pac. n.47. & ſeqq. Matth. n.18. Mornac. ad fin.* Rationem exceptionis primam hanc eſſe putant, quod crimen falſi plerumque ad privatum commodum ſpectet: ac propterea tranſigentem non videri crimen eſſe confeſſum, ſed rei ſuæ conſuluiſſe. Deinde quod olim regulariter de falſo potuerit tranſigi, utpote crimine tunc temporis capitali & pœna mortis ingerente: ſicut & hodie interdum ultimo ſupplicio plectatur, *l.1. l.5. l.ubi falſi 22. C.ad leg. Corn.de falſ.* ac proinde arbitrarium eſſe falſi judicium: quæ fortaſſe vera ratio ſit, cur ſuper falſi crimine tranſigere liceat, quippe in arbitrariis, quoties etiam ad mortis pœnam progredi judex poteſt, tranſactionem non eſſe prohibitam, arg. regulæ primæ hujus *l.tranſigere*. Afferunt denique & textus, quibus hæc ſententia adſtrui videtur, *l.ipſe 7. l.de his 16. l.pen. l.ult. C. d.tit. l.pen. C.hoc tit. l.2. de his quæ ut indign.*

31 Ego tamen cum *Donell. in d.l.tranſigere, num.14. & ſeqq. Klock. par.4. per tot. Alciat. ſub fin. Anton. Fab.2. conject.20. Bacov. ad hoc tit. num.15. Tulden. ad C. ad SC. Turpill. num.9.* contendo, neque hoc uſquam proditum eſſe, neque conſtitui poſſe, niſi valde abſurde. Nam aut gravius ceteris crimen falſi eſſe volumus, aut par, aut levius. Si gravius, tanto magis coercendum: quanquam ſunt alia graviora. Si par, cur diſtinguimus, quæ eadem ratio conjungit? Levius autem dicere non licet. Fieri enim poteſt, ut teſtes falſum dixerint adverſus aliquem in cauſa capitis, ut innocentem opprimerent; aut ut probatum ſit inſtrumentum falſum in cauſa, in qua de omnibus fortunis agebatur. Atque ut agatur tantum de re pecuniaria; non ideo tamen de eo tranſigere permittendum. Quammulta enim ſunt alia crimina de re pecuniaria, de quibus tamen tranſigere non licet. Eſt igitur abſurdum, cum par aut etiam major ſit ratio in falſo, quam in ceteris, plus quam in ceteris, licere in falſo. Antequam quæſtionem ipſam plenius excutiam, dico *citra* in hoc reſcripto poſitum eſſe pro *ſine*; quaſi Imperatores ſcripſiſſent, *ſine falſi accuſatione*, vel *niſi falſi accuſationem ſubire velit accuſator*: ut non alius horum verborum *citra falſi accuſationem* ſenſus ſit, quam quod accuſator tranſigens de crimine non capitali incidat in accuſationem falſi conſtitutam SC. Turpilliano.

32 Ete-

32 Etenim verbi *citra* duplex tantum eſt ſignificatio; interdum idem ſignificat, quod ab hac parte, *ἐντὸς ἐπὶ τάδε*, cujus contrarium eſt *ultra*. Horat. *Quos ultra citraque nequit conſiſtere rectum*: aliquando idem, quod *ſine* ſive *abſque ἄνευ*, nec tunc verbum eſt ambiguum quod interdum vim excipiendi habeat, ſed rem unam duntaxat ſignificat, idemque perpetuo valet, quod *ſine*: nuſquam autem apud ullum idoneum ſcriptorem pro *præter* accipitur, Sueton. *in Caſ. citra ſenatus populique auctoritatem*. Quintil. *lib.* 1. *citra muſicen grammatice perfecta non eſt*. Papinianus *l.ult. ff.de publ. judic. citra periculum*. Idem *l.*1. *§.*1. *ff.de pign. citra conventionem*. Idem *l.ult. ff.de in diem add. citra delegationem*. Ulpianus, *l.ut ſit* 31.*ff.pro ſoc. citra ſocietatem*. Idem *l.obſervare* 6. *ff.de curat. furioſ. citra cauſæ cognitionem*. Idem *l.*1. *§.ſi quis* 7. *ff.ad SC. Turpill. citra abolitionem*. Idem paſſim, *l.*8. *ff.hoc tit. citra auctoritatem*, *citra cognitionem prætoris*, *citra prætorem*, *l.*3. *C.de uſur. citra vinculum ſtipulationis*, *l.*1. *C.de jure fiſc. citra fraudem creditorum*.

33 Apud auctores quoque hujus reſcripti *citra* ſemper pro *ſine*, nunquam pro *præter*, vid. *l.cum ſuper* 10. *l.nullo* 24. *C.de rei vind. l.nec filius* 7. *C.de reb.cred. l.ſi ex pretio* 6. *C.ſi cert.pet. l.ſi pretium* 19. *C.de procur. l.cum citra* 15. *C.de jur. dot. l.pen. C.de pign. l.*2. *C. ſent. reſc. non poſſ.* &c. Quis autem credat, eoſdem, qui tot locis & pluribus aliis, quos congeſſit Klock, *citra* conſtanter uſi ſunt pro *ſine*, uno in loco pro *præter* & exceptive uſurpaſſe? Sane in *l.un. §.accedit* 13. *C.de rei uxor. act. verſ. extraneum*, vox *citra* pro *præter* accipitur; ſed iſta lex Juſtiniani eſt, & compoſitio Triboniani, quos nemo dixerit bonos eſſe Latinitatis auctores, niſi qui linguæ Latinæ plane ſit rudis, ut ipſe Tribonianus fuit.

34 Tempore autem Diocletiani ſua adhuc conſtabat Latinæ linguæ duritas, ut apparet ex omnibus ejus reſcriptis. Quod vero Papinianum etiam eadem voce pro *præter* & exceptive uti ajunt in *l.ult. ff.de calumniat.* id ex eo loco minime evincitur. Imo ſi quis attendere velit, *citra pretii æſtimationem* illic nihil aliud valet, quam ſine pretii æſtimatione. Sentit enim Papinianus dominum ſervi in caſu ibi propoſito ſic agere de calumnia accuſatoris, ut agat de calumnia ſolum, id eſt, ſeparato judicio de calumnia, ut ſimul non agat de damno & pretii ſervi æſtimatione; idque ſequentia verba clare oſtendunt: ſubjicit enim de calumnia agi citra hanc æſtimationem, id eſt, ſine hac æſtimatione, quia ſeparatum ſit calumniæ crimen a damno, ſive quia de calumniæ crimine ſeparatim & ſine damni quæſtione agi poteſt. Si *citra* pro *præter* hic accipias, hic erit ſenſus, poſſe agi cum iſto accuſatore de utroque ſimul, & de calumnia & de damno: quod adverſatur ſententiæ Papiniani, qui ait ſeparata eſſe judicia calumniæ & æſtimationis: aut ſi pro exceptione accipias, excipiet Papinianus de crimine calumniæ æſtimationem ſervi, quod eſſet hominis non intelligentis, quid ſit exceptio. Ceterum etſi *citra* pro *præter* Papinianum dixiſſe ponamus, eumque ita ſcripſiſſe: *Sed & præter pretii æſtimationem, quæritur de calumnia*

ejus

Digitized by Google

ejus : tamen id nihil eos juvare poterit, qui contendunt *citra* aliquando denotare exceptionem.

35 Nam nec *præter* ſemper eſt exceptionis nota. Si dicam, *Multa ſunt præter hæc, quæ objici merito potuiſſent*: aut ut Plinius *lib.*10. *nat. hiſt. præter hominem ſomniare equos, boves, canes, pecora, capras, palam eſt*: nemo, cui ſana mens eſt, dixerit verbo *præter* hic excipi quæ objecta ſunt, aut hominem. Sic etſi Papinianus ita ſcripſiſſet; *præter æſtimationem pretii ejus, quo ſervus ob quæſtionem deterior factus eſt, & de calumnia accuſatoris quæri poteſt*: nemo niſi fungus dixerit Papinianum hic excipere æſtimationem ſervi.

36 Poſtremo quod apprime notandum eſt, his verbis reſcripti; *In aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt*, non ſtatim, & immediate ſubjungitur, *citra falſi accuſationem*; ſed eam clauſulam antecedit, *tranſigere non licet*; ita ut poſtrema illa clauſula ſanctionem continere omnino ſit veriſimle.

37 Sed omiſſis reſcripti verbis, Græcorumque auctoritate in quæſtione de uſu verbi Latini faceſſere juſſa, videamus de jure; & primum an ſufficiens ſit illa exceptionis ratio, quæ vulgo afferri ſolet, nempe quod licet crimen falſi publicum ſit, plerumque tamen pertineat ad cauſam & utilitatem privatorum. Mihi ſane non videtur: ſunt enim & alia hujuſmodi, ut crimen violentiæ: ſed nec ſuper privatis delictis, ſi criminaliter agatur, tranſigere licet, ut ſupra probatum eſt. Denique ſi hæc ratio valeret, non ſimpliciter excipi crimen falſi debuiſſet, ſed tunc ſolum, cum privatum commodum reſpicit.

38 Quod affertur pro ratione ſecunda, olim hoc crimen regulariter pœnam mortis habuiſſe, falſum eſſe apparet ex *l.*1.*in fin.l.ult.ff.ad l.Cor.de falſ. Paul.*5.*ſent.*25.*§.item lex* 7.*Inſt.de publ.judic.* unde diſcimus pœnam falſi ex lege Cornelia fuiſſe deportationem. Quamvis autem ex circumſtantiis & pro gravitate criminis hæc pœna exaſperari queat, adeo ut etiam ad pœnam mortis procedere judex poſſit, *l.*1.*l.*5.*l.ubi falſi* 21.*C.ad l.Corn.de falſ.* tamen id non ſolum in falſi crimine, quod per ſe capitale non eſt, obtinet, ſed in aliis quoque criminibus, quorum pœna ordinaria ex circumſtantiis aggravari poteſt. Nam ubicunque circumſtantiæ delictum aggravare poſſunt, & mortis pœna dignum efficere, ibi etiam mortis pœna irrogari poteſt: quoniam pœnæ & culpæ inter ſe debet eſſe proportio: & ſic eadem ratione plura alia crimina per ſe non capitalia excipi deberent. Concedamus autem, quando tales ſunt delicti circumſtantiæ, ut conſtet poſſe reo ob falſum commiſſum pœnam irrogari capitis, atque hoc caſu etiam permiſſam ſuper falſo tranſactionem, *arg. l.*1.*ff.de bon.eor.qui ant.ſent.* At hoc poſito jam crimen falſi in tali caſu non excipimus de regula *l. tranſigere* ſecunda, ſed ad primam referimus. Denique extra hunc caſum ſub regula ſecunda contineri profitemur.

39 Loci, qui ad adſtruendam contrariam ſententiam afferuntur, nihil

minus

minus probant, quam quòd de accuſatione falſi tranſigere liceat. In *l. ipſe ſignificas 7. C. ad leg. Corn. de falſ.* ſcriptum quidem eſt, eum, qui de inſtrumento, quod falſum eſſe dicebatur, tranſegit, non eſſe audiendum, ſi id, cui ſemel acquievit, tanquam falſum velit accuſare. Ceterum de falſo inſtrumento illic tranſactum proponitur; nimirum in cauſa pecuniaria, cum forte creditor peteret centum, & in eam rem proferret inſtrumentum, quod in dubium vocabatur a reo: id reus poſtea, ajunt Imperatores, tanquam falſum accuſare non poteſt. De falſo igitur inſtrumento illic tranſactum eſt, non de falſi crimine ſeu accuſatione, quæ inſtituta non fuit. In privata lite de falſo tranſigere licet, neque hoc dicimus noſtra *l. tranſigere* prohiberi. Eademque reſponſio aptanda *l. pen. C. hoc tit. in fin.* ubi dicitur controverſiam de inſtrumento, quod falſum dicebatur, ortam tranſactione decidi poſſe. Sed & ceteris locis, quibus ſuper falſo tranſactum eſſe legimus, non de falſi crimine tranſactum eſſe intelligere debemus, ſed de cauſa falſi in lite privata & judicio civili. In quo reprehendi ſunt, qui ſcribunt ſe non intelligere, quid ſit de crimine falſi tranſigere, ſi aliud ſit, quam de falſo inſtrumento tranſigere. Longe enim differunt tranſigere de falſo inſtrumento prolato forte in cauſa civili, & tranſigere de crimine falſi ſive falſi accuſatione inſtituta judicio publico aut criminali: aut ſi hæc non differunt, ego plane non intelligo, quid illud ſit, quod Imperatores reſcribunt *l. de fide 16. C. ad leg. Corn. de falſ.* ei, qui de fide inſtrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam eſſe, per accuſationem, & per privatam diſceptationem; quod & pluribus aliis locis proditum, *l. 5. l. ſi docueris 9. l. ſi lis 11. l. ſicut falſi 17. l. pen. & l. ult. C. eod. tit.* Quod ſi quis jam quærat, ſi verba illa, *citra falſi accuſationem*, ſic accipiantur; non licere de criminibus non ſanguinariis tranſigere, quin parata ſit adverſus eum, qui tranſegit, falſi accuſatio, quodnam hic falſum committatur, quod vindicetur lege Cornelia: Reſpondemus nos non dicere tale quicquam hic committi, quod incidat in legem Corneliam de falſis: ſed quod incidat in accuſationem falſi, quæ conſtituta eſt in eos, qui ex conventione litem & accuſationem deſerunt: & nimirum accuſatoris litem ex pactione aut tranſactione deferentis hanc eſſe pœnam, ut incidat in SC. Turpillianum, *l. 1. §. accuſationem, verſ. at quin Papinianus l. 6. l. in ſenatuſconſultum 15. ff. eod.* Nullus enim dubito, quin reſcriptum hoc directum ſit ad accuſatorem, & poſtremis reſcripti verbis ſanciatur pœna in litis deſertorem. Reus autem tranſigens, ut ſupra demonſtratum eſt, pro confeſſo hic habetur. Quod ergo genus falſi eſt, quod SC. coercetur? Prævaricatio & tergiverſatio. Prævaricari eſt colludere cum adverſario, genus falſi in eo manifeſtum, quod qui prævaricatur, veras probationes falſo diſſimulat, falſas adverſarii admittit, *l. 1. §. 1. & 6. ff. d. tit.* Tergiverſari eſt ab accuſatione deſiſtere, *d. §. 1.* quod qui facit, haud ſecus ac prævaricator vera crimina abſcondit, quanquam fuga & ſilentio, non ut prævaricator ſimulata accuſatione, facit huc *l. de crimine 10. C. ad leg. Jul. de adult.*

4. Fran-

Digitized by Google

41 Franciſcus Hotomannus, vir magnus ſane & bene præclareque de Juriſprudentia meritus, tranſpoſitione verborum totam noſtræ hujus *l.transigere*, ſententiam invertit mutavitque, ac converſo plane modo Imperatores reſcripſiſſe autumat, de criminibus non capitalibus tranſigere licere præterquam de adulterio: ceterum de criminibus pœnam ſanguinis ingerentibus tranſigere nefas eſſe, ac proinde textum *l.tranſigere*, ita concipiendum eſſe; *Tranſigere vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt. In aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam ingerunt, tranſigere non licet citra falſi accuſationem*. Ita Hotomannus *lib. quæſt.illuſtr.c.*23. ubi ſeptem fere argumenta primæ hujus legis definitioni objicit, quibus inductus hanc metatheſin excogitavit. Sed profecto non tantum contra fidem omnium exemplarium, & conſtantem Græcorum interpretum verſionem *lib.*11.*βασιλ.tit.περὶ διαλύς*, ubi ita: *ἐπὶ μὲν τῶν δὶ αἵματος ἐχόντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεστι διαλύσθαι. Harmenop.lib.*1.*t.*10. *εἰς μὲν τὰ αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλύμεθα*; verum etiam contra tot locorum, quæ ſupra memoravimus, conſonantem concordemque ſententiam. Argumentis Hotomanni facile ex iis, quæ jam diſputata ſunt, occurri poterit: ſingula enim repetere, ac denuo confutare nec lubet nec vacat.

42 Hodie diſpoſitio *l.tranſigere*, ceſſat fere & inutilis eſt, cum non cuivis e populo, ſed procuratori fiſci, aut Schultetis Baliviſve locorum perſecutio criminum competat. Atqui hi quidem ſi in accuſatione ſuccumbant, aut crimen non probent, non incidunt in pœnam talionis: ac tametſi deſiſtant ab accuſatione ſine abolitione, non tamen in his locum habet *tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec *tit. C. de abolit.* Ceterum nec inconſulto Principe, cujus vicem apud nos hac in parte Camera rationalis gerit, *Merul. prax.civ.*4.*tit.*14.*c.*2.*&* 6. de ullo crimine tranſigere cum reo poſſunt: quoniam impunita manerent crimina nullo alio accuſante. Quam ob cauſam nihil hic reſtat quam ut Princeps crimen condonet: id autem non fit, niſi prius placatis amicis, vide *Gomeſ.*3.*var.reſol.*3.*n.*56.*& ſeqq. Clar.lib.*5. *§ fin.quæſt.*58. *Chriſt.vol.*1. *deciſ.*152. *Tulden. ad Cod. tit. de tranſact. n.*6. *Matth.de crim.ad lib.*48. *ff.tit.*20.*c.*4. *Groenevv.de ll.abrog. ad l.tranſigere.*

CAP. VIII.

De vi & effectu tranſactionis.

SUMMARIUM.

1 *Tranſactio non aliis nocet, aut prodeſt, quam qui eam interpoſuerunt.*
2 *Caſus ſpeciales, quibus tranſactio ab aliis facta aliis prodeſt, aut nocet.*
3 *Tranſactio non retractatur.*

4 *Cur*

4 *Cur exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, tranſactionis, dicantur exceptiones litis finitæ.*
5 *Non retractatur tranſactio, etiamſi facta ſit de cauſa, ex qua tranſigens non erat obligatus.*
6 *Quid ſi nova inſtrumenta reperta ſint.*
7 *Mutuo conſenſu tranſactio diſſolvi poteſt.*
8 *Vnius pœnitentia non poteſt.*
9 *Quando facta cum minore 25. annis reſcindi poſſit.*
10 *Reſcindi poteſt, quæ ex falſis inſtrumentis interpoſita.*
11 *An beneficio* l.2. C.de reſc.vend. *in tranſactione locus.*
12 *Explicatur* l.ſi ſuperſtite 5. C.de dolo.
13 *Dubii eventus certa æſtimatio conſtitui non poteſt.*
14 *Reſcindi poteſt tranſactio dolo malo facta, & quæ hic juris remedia.*
15 *Juratæ tranſactionis non ſervatæ quæ pœna: & an id pertineat etiam ad jure invalidas juramento firmatas.*
16 *Quæ ſit vis ac poteſtas clauſulæ generalis ſubjectæ tranſactioni de aliqua controverſia factæ.*
17 *Emendatur vitioſa lectio in* l.5. ff.hoc tit.
18 *Tollitur vitium in* l.14. §.7. ff.de religioſ.
19 *Explicatur* §.ult. l.122. ff.de verb.obl.
20 *Quando generalis clauſula ſubjecta tranſactioni generalem recipiat interpretationem.*

1 SUpereſt, ut videamus, quæ tranſactionis vis ac poteſtas. Et quidem illud in primis pro explorato habendum, tranſactionem iis duntaxat nocere, aut prodeſſe, a quibus interpoſita eſt, aliis nequaquam. v.c. Duo rei promittendi pepigerunt, aut tranſigerunt inter ſe, ut unus totam ſummam perſolvat: creditor nihilominus cum altero experiri poteſt, *l.debitorum* 25. *C.de pact.* Qui tres habuerat tutores aut curatores, cum duobus tranſegit, tranſactio cum duobus illis facta tertio ad exceptionem non prodeſt, *l.*1.*C. hoc tit.* atque hoc generaliter locum habet in pactionibus omnibus, *l.ſi unus* 27. §.4. *ff.de pact. l.2.C.res int. al.act. l.quo tutela* 73. *§.ult.de reg.jur. l.3.pr. ff.hoc tit.* ubi Imperatores Antoninus & Verus reſcripſiſſe dicuntur, privatis pactionibus jus aliorum non lædi, extra dubitationem poſitum eſſe. Ajunt *pactionibus privatis*, quia publicæ plerumque aliis & proſunt & nocent, cum quibus tamen factæ non ſunt.

2 Occurrunt quidem & in privatis pactionibus caſus, quibus tranſactio ab aliis facta aliis aut prodeſt aut nocet, ſed non niſi ubi manifeſta id ſuadet æquitas aut utilitas; veluti in *l.ult. ff.eod.* ubi debitori adverſus emtorem hereditatis accommodatur exceptio tranſacti cum herede eoque venditore negotii, ne ſc. juſta ignorantia debitori noceat, *fac. l.3. C.de novat.* Idem in *l.controverſia* 14. *ff.eod.* ubi hereditate inter ſcriptum & legitimum heredem per tranſactionem diviſa, creditores hereditarii, quamvis cum iis

trans-

tranſactum non ſit, utrumque pro diviſis partibus convenire debent. ſed hoc utilitatis cauſa propter incertitudinem ſucceſſionis receptum dicitur.

3 Ceterum tranſactio inter ipſos tranſigentes eandem vim habet, quam res judicata, *l.non minorem* 20.*C.eod.* Et propterea cauſa tranſactione deciſa & finita non magis, quam ſententia, *l.*1.*C.ſentent.reſc.non poſſ.* retractatur, ne alioqui nullus ſit litium finis, *l.fratris* 10. *C.eod.* Paria habemus apud Demoſthenem in exceptione contra Pantænetum, & pro Phormione, item apud Symmachum *lib.*7. *epiſt.*108. *& ſeq.* Atque hoc adeo verum eſt, ut nec reſcripto Principis cauſæ tranſactione terminatæ reſuſcitentur, *l.cauſas* 15. *C. hoc tit.* ſicut nec res judicatæ, *l.ult. C. ſent. reſc. non poſſ.* nec jurejurando deciſæ, *l.admonendi* 31. *ff. de jurejur. l.*1. *C.de reb.cred.*

4 Unde tres hæ exceptiones tranſactionis, rei judicatæ, & jurisjurandi, appellantur exceptiones litis finitæ, *c.*1. *&* 2. *X. de lit. conteſt.* nimirum quia impediunt litis ipſius ingreſſum, id eſt, quia repellitur actor agere volens poſt tranſactionem factam, litemve jurejurando aut ſententia judicis deciſam per finem non recipiendi, ut in foro loquuntur pragmatici: cum aliæ exceptiones, quamvis peremtoriæ ſint, veluti doli mali, pacti conventi, litis ingreſſum non impediant.

5 In tantum autem tranſactione lis finitur, ut etiamſi tranſactio facta ſit de cauſa, ex qua is, qui tranſegit, non erat obligatus, tamen non audiatur allegans cauſam tranſigendi nullam fuiſſe, *l.nec intentio* 23. *C.hoc tit.* ſera quippe illa poſt tranſactionem allegatio eſt. Quinimo qui tranſactionis nomine promiſit aut ſolvit, non recte dici poteſt ſine cauſa promiſiſſe aut ſolviſſe, quia hoc ipſum ut a lite diſcedatur ſatis juſta cauſa videtur, *l.in ſumma* 65.§.1.*ff.de cond.indeb.* atque huc etiam pertinet *l.ſi non* 6. *C.de jur.& fact. ign.*

6 Quid ſi nova inſtrumenta poſtea reperta ſint, quibus adverſarius oſtendere poſſit ſe non fuiſſe obligatum,ejuſque rei judici fidem facere? Ne hoc quidem prætextu tranſactionem bona fide factam magis quam rem judicatam,*l.*4.*C.de re jud.*reſcindi jura noſtra patiuntur,*l.ſub prætextu* 1.*&* 2. *hoc tit.* quamquam initam ex falſis inſtrumentis retractari jubent, *l.pen. C. eod.* ſed hoc etiam obtinet in re judicata, *tit. C. ſi ex falſ. inſtrum. jud. ſit.*

7 Quamvis autem verum ſit, quod diximus, cauſam tranſactione deciſam retractari non poſſe, non eſt tamen uſque adeo perpetuum, ut nullam habeat exceptionem. Neque enim dubitandum eſt, quin mutuo utriuſque tranſigentis conſenſu diſſolvi tranſactio poſſit, *l.ſi diverſa* 14. *C. hoc tit. l.nihil* 35. *ff.de reg. jur.* atque hoc procedit non modo re adhuc integra, verum etiam re ſecuta, & reddita: quoniam partium conſenſu vis omnis tranſactioni abrogata eſt, *d.l.ſi diverſa, fac. l.ab emtione* 58.*ff.de pact.*

8 Unius autem pœnitentia reſcindi non poteſt, nec ſi res adhuc integra ſit, *l.ſi major 36.l.quamvis 39.C.hoc tit.* Nam etſi reus quæ transactionis cauſa placita ſunt, præſtare recuſet; tamen ſi aliqua actio ex conventione nata ſit actori, qua quod promiſſum eſt, perſequi poſſit, ea experiri debet, litem deciſam nihilo magis inſtaurare poteſt, *l.ſi pro fundo 33. C.eod.* Idemque eſt, ſi reo promiſſa tranſactionis cauſa non implente, pœna in ſtipulationem deducta ſit, *l.promiſſis 37. C.eod.* Quod ſi nulla eo nomine actori ſit actio, poterit quidem ille jam veterem actionem inſtaurare, *l.ſi inſtituta 27. ff.de inoff.teſtam.l.ſive apud 28 C.hoc tit.l.cum proponas 21. C.de pact.* ceterum qua non abſolute conſequatur, quod ea actione petit, ſed alterutrum, vel quod petit, vel quod reus tranſactionis cauſa promiſit, *d.l.ſive apud, C. hoc tit.* bene & plene *Donell. in d.l.ſi major 36. eod.*

9 Præterea reſcinditur tranſactio facta cum minore viginti quinque annis, *l.non minorem 20.in fin.l.ſi majores 25.l.ſi major 35.C.hoc tit.* a contrario ſenſu. Sed non aliter, quam ſi hæc tria a minore doceantur. 1. ſe minorem 25. annis eſſe. 2. ſe læſum aut captum. 3. ſe imbecillitate conſilii & ætatis lubrico in eam captionem incidiſſe: hoc enim & in aliis cauſis omnibus obtinet, adverſus quas reſtitutionem poſtulat, *l.verum 11.§.3.& 4. l.intra 39. l.de ætate 43. ff.de minor. l.4. l.5. C.eod.*

10 Ad hæc & eam tranſactionem retractari poſſe placet, quæ ex falſis inſtrumentis interpoſita eſt, id eſt, cui falſa inſtrumenta cauſam dederunt, cum quis videlicet falſis inſtrumentis ab adverſario prolatis, horum metu inductus tranſegit, *l.pen. C.hoc tit.* quippe cum eadem ex cauſa etiam res judicata reſcindatur, ut modo diximus, *l.1. & paſſ. C. ſi ex falſ. inſtrum.*

11 Non ignobilis hic occurrit quæſtio, an ob enormem læſionem reſcindi debeat tranſactio beneficio *l.2. C.de reſc. vendit.* puta ſi quis dicat ſe duplo minus ex cauſa tranſactionis accepiſſe, quam ei debebatur, aut quam in petitione deduxerat. Ego ſimpliciter id negandum exiſtimo, nec unam ob rationem. Etenim tranſactio comparata eſt ad lites finiendas, *l.fratris 12. C.hoc tit.* ſicut & jusjurandum, cui tranſactio æquiparatur, *l.1. & l.2. ff.de jurejur.* Et ideo quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an debeatur, *l.5. §.2. ff. eod. tit.* ſic lite tranſactione bona fide ſopita nihil amplius quærendum, quam an tranſactum ſit: ne alioqui remedium finiendarum litium, fiat earundem ſeminarium: eſtque in eam rem textus notabilis in *c.1. x. hoc tit.* nec aliam rationem habet, quod placuit ne principali quidem reſcripto litem tranſactione legitima finitam reſuſcitari oportere, *l.cauſas 16. C.hoc tit.* Sed nec minorem auctoritatem habet tranſactio, quam res judicata, *l.non minorem 20. C.eod.* At res judicata prætextu læſionis non retractatur, *l.4. C.de re judicat.* Et ſicut ex cauſa judicati ſolutum non repetitur condictione

ne indebiti, *l.1. C.de cond. indeb.* ita nec ſolutum ex cauſa tranſactionis, etſi debitum non ſit, *l.in ſumma 65. §.1. ff.eod. tit. l.6.C.de jur. & fact.ign.* Quid quod pecunia, quæ tranſactionis cauſa ſolvitur, non datur tanquam in præteritum debita; ſed ob cauſam futuram, ut aliquid ſequatur, *l.nec intentio 23.C.hoc tit.* quod apprime notandum eſt. Et ſatis abundeque magna cauſa eſt, cur detur, quod a lite diſceditur, *d.l.in ſumma, §.1. ff.de cond. ind.Il gaſgne aſſez,* ajunt Galli,*qui ſe met hors de proces*. Ad hoc nec ob reperta poſtea inſtrumenta tranſactio reſcinditur,*l.ſub prætextu 19.C.hoc tit.* At quæ juſtior cauſa læſionis, aut quæ gravior læſio? Poteſt enim inſtrumentum oſtendere liquidum & integrum jus, quod forte accepta decima parte remiſſum ſit. Scævola in *l.Lucius Titius 78.§.ult. ff.ad SC. Trebell.* caſum proponit, quo reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe:qui ſane locus non poteſt intelligi de tranſactione interpoſita poſtquam jam inſtrumenta reperta eſſent,ut putat Chriſtinæus *vol.3. deciſ.67. n.3.* alioqui non tranſactio ea, ſed gratuita pactio & liquidi juris remiſſio eſſet: & quid ſi poſtea tranſactum, an ideo minus audiendus, qui cauſabitur enormem læſionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an reſcindenda ſit tranſactio propter inſtrumenta poſtea reperta,ex quibus apparuit quadruplo amplius, quam reſtitutum erat, in hereditate fuiſſe; ſed illud tantum, an in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniri queat. Unde intelligimus tanto minus tranſactionem bona fide interpoſitam prætextu læſionis reſcindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut ſi tranſactum ſit in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniatur. Etenim palam eſt tranſactione reſciſſa omnia in priſtinum ſtatum reſtitui: ſecus autem eſſe, ſi quis in reliquum duntaxat conveniri poſſit.

12 Non movet *l.ſi ſuperſtite 5.C.de dol.* ubi filiæ emancipatæ,quæ cum patre ſuper cauſa geſtæ tutelæ bona fide tranſegerat, ob immodicam læſionem actio in factum adverſus patrem datur. Nihil enim minus ex iſto loco colligi poteſt, quam tranſactionem bona fide interpoſitam ſolo læſionis prætextu poſſe reſcindi. Ajunt Impp. ſi filia immodice læſa fuerit ex liberatione, quæ tranſactionem ſecuta ſit novatione & acceptilatione ſolenniter interpoſita, ei non quidem de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actionem tribuendam eſſe. Hic igitur locus de alio caſu accipi non poteſt, quam quo immodica illa læſio intervenerit dolo patris, liberatione per fraudem filiæ expreſſa,& nimirum,quo ſi adverſus extraneum ageretur, competeret actio de dolo. Dolum legibus vindicari nemo negat: ſed illud quoque in confeſſo eſt de dolo agi non poſſe niſi cum eo, in cujus perſona dolus arguitur. Nam cum hæc actio ſit in perſonam, non in rem ſcripta, atque adeo famoſa (quam ob cauſam nec inter extraneos competit, ſi de ea

Digitized by Google

re alia ſit actio, *l.*1. *§.pen.& ult.ff.de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamſi alia actio non ſit, *l.non debet* 11. *ff.eod.*) non aliter dari poteſt, quam ſi perſona deſignetur, cujus dolo malo factum ſit, *l.ſed &* 15. *§.ult. eod.* nunquam alio colore, aut læſionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormiſſima, ut a pragmaticis vocatur, læſio, V.C. quæ ultra beſſem ſit, dolum re ipſa inducat, paremque cum dolo ex propoſito vim habeat, commentum eſt interpretum in *l.ſi quis* 36. *ff.de verb. oblig. vid.Ant.Fab.Cod. ſuo for. hoc tit. def.*4. *& de reſc. vend. def.*3. Cur igitur conſtitutio objecta requirit læſionem immodicam? Reſpondeo, id non debet interpretationem recipere ex *l.*2. *C.de reſc. vend.* quoniam dolus non ex quantitate damni, ſed ex qualitate facti æſtimatur, *l.dolus* 10. *C.eod.tit.* nec unquam eſſe poteſt ἄνευ προαιρέσεως, *l.*1. *§.*2. *ff.de dol. mal.* ſed ideo adjectum eſt, quia ſi modica tantum læſio interveniret, non facile adverſus patrem actio in factum ſubſidiaria actionis de dolo daretur; ſicut nec dari ſolet actio ipſa de dolo pro modica ſumma adverſus alium quemlibet, *l.ſi quis* 9. *§.ult. cum l.ſeq. d.tit.* ut bene *Anton.Fab.dec.*1.*err.*7. adde eundem *decad.*8. *err.*10.

13 Denique ratio cur actori tranſigenti hoc beneficium concedendum non videtur, ſita eſt in dubio litis eventu. Quid enim? forte illi non debebatur, quod petebat: & dato debitum fuiſſe, quod petebatur, fortaſſe tamen probare non poterat, aut propter impenſas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æſtimatio? Quæ dubia ſunt, ea certam æſtimationem non recipere ait Ulpianus *l.*29. *§.*3. *ad leg. Aquil.* imo vix eſt, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æſtimatio: fateor dubium eventum æſtimari poſſe, *l.*23. *ff.fam. erc. l.*12. *ff. de act.emt. l.*11. *de her. vend.* ſed nego dubii eventus certam poſſe conſtitui æſtimationem, *d.l.*29. *§.*3. *l.quod debetur* 51. *de pecul.* ac proinde nec certa læſio dici poteſt, quæ ex hujuſmodi eventus dubii æſtimatione inducatur: & tamen certam eſſe læſionem oportet, & quidem contractus tempore praeciſe inſpecto, ut locus ſit *l.*2. *l.*8. *C. de reſc.vend.* Quam ob cauſam etiam recte defenditur, remedium *d.l.*2. locum non habere in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præſtetur, *l.*8. *§.*1. *ff.de cont.emt.l.*2. *§.*3. *l.*4. *l.*11. *l.*14. *§.*1.*ff.de her.vend. l.ſi plus* 74. *§.ult.ff.de evict. l.*1.*C.eod.* In reo tranſigente non videtur huic quæſtioni locus eſſe, quippe cum nemo plus dare ſoleat, quam ab ipſo petitur: ſed tamen poteſt locum habere: nam etſi nemo plus ſolvit, quam petitur, poteſt tamen dicere ſe nihil debuiſſe, & nihilominus ad vitandam litem aliquid dediſſe: quo tamen caſu cum ceſſet condictio indebiti, quæ & ipſa ex humanitate & bono atque æquo introducta eſt, *l.pen. ff.de cond. ind.* etiam ceſſare debet remedium *d.l.*2. Scio Pinellum ad *d.l.*2. *p.*1. *c.*3. *n.*5. & bonam cum eo partem interpretum, beneficium *d.l.*2. porrigere ad quoſcunque contractus, etiam ſtricti juris, ipſamque adeo tranſactionem: ſed ſane beneficium contra communes regulas

las juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate conceſſum, haud temere ad ſtricti juris judicia producendum eſt; utique non ad tranſactionem, quæ ad liberationem & lites ſopiendas comparata eſt; quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. num.* 10. audaci ſane interpretatione & multarum litium ſemina continente, optime *D. And. Gail.* 2. *obſ.* 70. *Damhoud. Prax. civil.cap.*200. *num.*6.*& ſeqq. Ant. Fab. dec.*8. *err.*10. *Diod. Tulden. ad tit. C.de reſcin. vend. num.*5. *add. Chriſtin. vol.*1. *deciſ.*288. *& vol.*3. *deciſ.*67. *& ibi alleg.*

14 Poſtremo etiam tranſactio dolo malo facta reſcindi poteſt, *l.*4.*l.ſub prætextu* 19. *C.hoc tit.* Non eſt hic ipſo jure nulla, etiamſi dolus cauſam tranſactioni dederit: nam in ſolis bonæ fidei judiciis hoc receptum eſt, ut dolus dans cauſam contractui eum reddat ipſo jure nullum, *l.*7. *pr. de dol. l.in cauſa* 16.§.1.*de minor.* in ſtrictis judiciis non item, *l.ſi quis* 36.*de verb. oblig. l.*5. *C.de inut. ſtip.* cujus generis conſtat eſſe tranſactionem. Et ideo quod in *l.in ſumma* 65.§.1. *ff.de cond.ind.eb.* dicitur, ubi evidens calumnia detegitur, tranſactionem imperfectam eſſe, & repetitionem dari, ad effectum & exitum referri debet, non ad jus ſummum: hoc enim ipſum, quod repetitio dari dicitur, ſatis arguit pecuniæ ob tranſactionem datæ dominium eſſe tranſlatum, & ſummo jure proceſſiſſe, quod geſtum eſt. Ceterum qui dolo adverſarii deceptus eſt, & circumventus, in hoc, ut tranſigeret; ſiquidem actor eſt, eique adhuc ſuperſit actio, veluti ſi tantum pactus eſt ſe non petiturum, poterit inſtaurare actionem, reumque excipientem de pacto doli mali replicatione removere, *d.l.ſub prætextu* 19. *C. hoc tit. l.*5. *C. de pact.* Sin autem vetus actio ſublata eſt, ut fit cum actor reum interpoſita ſtipulatione Aquiliana, & ſecuta acceptilatione liberavit, poterit intra tempus conſtitutum exercere actionem de dolo, *d.l.ſub prætextu,l.*4.*C.eod* Reus deceptus ſi nondum præſtitit, quod tranſactionis nomine promiſit, habet, ſi conveniatur, exceptionem doli: ſi præſtitit, habet ultro condictionem ſine cauſa, qua repetat datum ob eam cauſam, quam jure non ſubeſſe poſtea apparuit, *l.*1. *ff.de cond. ſine cauſ. Don.ad d.l.ſub prætextu, & l.pen. C.hoc tit.*

15 Jurata tranſactio non tantum ſervari jubetur, ſed etiam in eum, qui non ſervat & contra eam venit, pœna ſtatuitur, eaque duplex. 1. infamia. 2. ut pœnam conventam ſolvat, & tamen agere non poſſit, *l.ſi quis major* 41. *C.hoc tit.* Loquitur autem hæc lex nominatim de majore 25.annis, ac proinde ad minorem porrigenda non eſt, maxime cum ſit pœnalis, *fac. l.fere in omnibus* 108. *l.factum cuique* 155. §.2. *de reg.jur. c.in pœnis x. eod. in* 6. Sed an iſta conſtitutio etiam pertineat ad tranſactiones ipſo jure invalidas, juramento tamen firmatas, quæſitum eſt. Reſpondeo tales tranſactiones jure civili per juſjurandum non confirmari, *l.ſi ex falſis* 42. *C. hoc tit. l.*5. *C.de legib. l.*7. §.16. *ff.de pact. l.ſi quis* 112. §.*ult.de legat.*1. ſecus autem eſſe de jure Canonum, per *c.cum contingat.* 28. *x.de jurejur. c.quamvis, de pact. in* 6.

in 6. Exempli gratia, non valet jure civili tranſactio de alimentis teſtamento relictis facta citra cognitionem prætoris, etiamſi jurata ſit: jure tamen canonico talem ttanſactionem jurejurando firmatam valere ſatis ſuperque credo me oſtendiſſe *ſup. c.5.*

16 Circa effectum tranſactionis etiam quæritur de vi ac poteſtate generalis clauſulæ, quæ nonnunquam tranſactioni de re una, aut etiam pluribus expreſſim factæ, ſubjici ſolet: qua ſcilicet cavetur, *omnia eſſe amicabiliter tranſacta & terminata, actoremque nihil amplius ab eo, cum quo agebat, petiturum.* Reſpondeo, eam hujus generalis clauſulæ interpretationem faciendam eſſe, ut non de aliis cauſis tranſactum videatur, quam quæ ſpecialiter deductæ fuerunt in præſentem petitionem: neque generalem hujusmodi clauſulam, quamvis adjectum non ſit, *eo nomine*, trahi debere ad controverſias, de quibus ſpeciatim dictum aut cogitatum non fuit, *l.qui cum 9. in fin. ff. hoc tit. l.ſi de certa 31. C. eod.* & ibi poſt alios pulchre Mornacius. Quod adeo verum eſt, ut tametſi ſtipulatio Aquiliana perimat non modo omnes obligationes, *l.4. ff.eod.* ſed etiam actiones in rem, *l.ut reſponſum 15.C.eod.* attamen generalis clauſula ſtipulationis Aquilianæ hujuſmodi tranſactioni ſubjecta non alias quæſtiones perimat, quam de quibus actum & cogitatum fuit, *l.5. ff.eod.*

17 Ubi pro eo, quod vulgo legitur, *Liberalitatem enim captioſam interpretatio prudentum fregit*, Grotius in *ſparſ. flor.* poſt Deſiderium Heraldum reponit, *Liberationem enim captioſam interpretatio prudentum fugit*. Et recte: neque enim de donatione agit juriſconſultus, ſed de liberatione, quam affert novatio, quæ fit per Aquiliauam ſtipulationem, & præcedentem obligationem perimit; quod & Pet. Faber jam antea animadvertit in explicatione *l.Divus Pius 28. de reg. jur.* Quidam vir doctus *c.24. ad jus Attic.* legi vult, *Literatitatem enim*, &c. quam vocem apud bonos auctores, certe apud noſtros haud temere reperias: & videtur auctor iſte parum æquus in Heraldum judex: aut certe aliquid humani paſſus contradicendi ſtudio.

18 Nam & *c.25.* ubi cum in *l. & ſi quis 14. §.ſed interdum 7. ff.de religioſ.* ita ſcriptum ſit, *utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis, vel ipſius humanitatis*, &c. eam ſcripturam mordicus retinendam cenſet, cum Heraldus pro *humanitatis*, legendum *hereditatis* judicaſſet, quo nec verius reſtitutus ullus locus, nec menda ulla acutius animadverſa eſt: quod & Grotio in *flor. ſparſ.* viſum. Nam humanitas ad ſequens & oppoſitum membrum pertinet; nec aliud eſt, quam miſericordia. Hereditatis autem negotium gerit, qui heredem non novit, attamen ei vult imputare, quod facit. Sed hoc leve eſt. Rara enim magna ingenia ſine iſtiuſmodi nævulis: quibus nec ipſe Ariſtoteles caruit; nec veteres JC. præſertim Laboonis Epitomares, Javolenus & Paulus, ut alibi oſtendo.

19 Ceterum quod diximus, etiamſi tranſactioni de controverſia aliqua fa-

factæ ſubjecta ſit clauſula, *nihil amplius peti*, non addito *eo nomine*; tamen eam clauſulam trahendam non eſſe ad eas res aut cauſas, de quibus actum non eſt, ei obſtare videtur locus Scævolæ in *l.qui Romæ* 122. *§.ult.de verb. obl.* ubi talis ſpecies proponitur. Duo fratres conſortes paternam hereditatem inter ſe diviſerunt tranſigendi, ut plerumque fieri ſolet, cauſa, *l.tres fratres* 35. *ff. de pact.* & caverunt invicem, *nihil ſe contra eam diviſionem facturos, & ſi contra quis feciſſet, pœnam alter alteri promiſit*. Erant autem teſtamento patris invicem rogati, ut qui prior ſine liberis vita fungeretur, partem ſuam fratri ſuperſtiti reſtitueret. Uno igitur ex iis ſine liberis defuncto aliis ſcriptis heredibus, ab his ſuperſtes frater hereditatem petiit ex cauſa fideicommiſſi. Ait juriſconſultus adverſum eum pronunciatum eſſe, quaſi de hoc quoque in diviſione tranſactum fuiſſet; nempe eum repulſum eſſe exceptione tranſactionis, cum tamen, ſi vera ſunt, quæ diximus, diviſio illa per ſe non ſit idoneum argumentum remiſſi fideicommiſſi. Reſpondeo, judicem, ut ita pronunciaret, alia argumenta movere potuerunt: neque enim veriſimile eſt eo ſolo motum fuiſſe, quod fratres bona paterna tranſactione interpoſita diviſiſſent, ſed quia aliunde ei liquebat & ſatis probatum erat, de fideicommiſſo quoque fratres inter ſe tranſegiſſe. Quod ſi hæc reſponſio, quæ Cujacii eſt, non placet, dicam perperam illic a judice pronuntiatum fuiſſe, quod & aliquo modo ipſe Scævola innuere videtur. Notum autem rem judicatam pro veritate haberi, eique ſtandum eſſe, etiamſi male judicatum ſit: & ob id etiam pœna in caſu propoſito cenſetur commiſſa, *d.§.ult. in fin.* & ita judicatum in ſupremo ſenatu Hollandiæ *decif.*43. & curia Friſiæ, Sande *l.*4. *tit.*5. *defin.*14.

20. Plane ſi tam aperta & enixa ſint verba generalis clauſulæ, ut dubitari nequeat, quin de quæſtionibus omnibus fuerit cogitatum, idque inter tranſigentes actum appareat, ne qua litis materia ſupereſſet, neu quid relinqueretur indeciſum, tunc non debet illa generalis clauſula coanguſtari ad rem certam, de qua nominatim etiam actum & tranſactum ſit, & quæ tranſactioni occaſionem cauſamque dederit: ſed generalis deciſio generalem quoque recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter tranſigentes ſuperſit, qui non a lite tantum, verum etiam ab omni litis metu diſcedere voluerunt, Gloſſa notabilis in *l.ſub prætextu* 29. *C. hoc tit. Duar. ad hoc tit. c.*4. *in fin. Mornac. in d.l.*29. Idque eſt, quod veteres quidam dicere ſolebant, caveant ſibi contrahentes a ſtipulatione Aquiliana, *Anton. Fab. Cod. ſuo for. hoc tit. defin.*6. *&* 12. Illud autem extra omnem controverſiam poſitum eſt, tranſactionem generalem factam ſuper petitione generali officere tranſigentibus etiam quoad ſpecies poſtea repertas, quæ tempore tranſactionis latebant, dummodo ad idem genus pertineant, *d.l.ſub prætextu* 29. *C. hoc tit. & ibi Gloſſ. & DD.* ut idem hic ſit effectus tranſactionis, qui & ſententiæ ſuper petitione generali latæ: conſtat autem ſententiam conformem eſſe debere libello, id eſt, petitioni & conteſtationi,

l.ult.

Digitized by Google

l.ult. C.de fideic.libert. & ita cape Mornacium in *d.l.29.*cum ait, hujuſmodi transactionem etiam ad ea pertinere, de quibus cogitatum non eſt: quod alioqui falſum eſt. Nunquam enim tranſactio, quantumvis generalis, trahenda eſt ad eas res, de quibus inter tranſigentes nec actum nec cogitatum eſt, *l.5. l.qui cum tutoribus 9. §.1. & ult. ff.hoc tit.* bene & diſtincte Donell. ad *d.l.29.*

F I N I S.

Digitized by Google

SIMONIS VINNII, Arn. Fil.

O R A T I O

DE CONSTANTIA JURIS NATURÆ,

Recitata cum Doctor V. J. publice renuntiaretur poſtridie Kalend. Decemb. 1648.

SI eorum, quæ Oratione tractantur, magnitudo & præſtantia non aliunde, quam ex ejus, qui de iis diſſerit, doctrina & dicendi copia ponderetur; magnopere mihi verendum eſſet, Auditores, ne hodierno die in hoc auguſtiſſimo & ad dicendum ampliſſimo loco ſplendor ac dignitas maximarum pulcherrimarumque rerum ingenii mei tenuitate & ſermonis inopia minueretur. Nam cum more majorum verba ad vos facturus oratione mea adoriri conſtituerim magnos illos Philoſophos, Protagoram, Ariſtonem, Pyrrhonem, nec non Traſymachum illum Platonis, & ceteros, qui contendunt jus nullum eſſe re ipſa, nullum, quod naturæ decreto conſtitutum ſit, ſed juſtum omne & æquum a ſola hominum opinione & potentiorum placito profectum eſſe; facile animadverti longe graviſſimam oblatam mihi eſſe materiam & ad falſam hanc ſententiam, utut magnam veri præſefert ſpeciem, confutandam ac profligandam, & ad oſtendendum quid revera ſit jus, quid æquum & bonum, quid juſtum & honeſtum. Hæc autem omnia ſi quis ita ſe tractare poſſe confidat, ut rerum magnitudini orationis pulchritudo reſpondeat, eum oportet aut ita exercitatum eſſe in dicendo, ut facultate ſua fretus nihil ſibi difficile atque arduum putet; aut ita imperitum, ut errore ductus rerum pondera & momenta ſatis acute atque intelligenter perſpicere ac dijudicare non poſſit. Neque mihi nunc ulla alia res perculſum ac debilitatum in hac cogitatione animum erigit ac confirmat, quam quod apud eos viros loquendum eſt, qui & ea ſapientia ſunt, ut quanti quæque res ſit, ex natura ipſius, non ex iis, quæ de ea dicuntur, ponderent, & ea lenitate ac manſuetudine, ut iis, qui potius, quam officium deſerant, ejus onere opprimi malunt, facile ac libenter ignoſcant.

Non ſine cauſa a docto quodam viro dictum eſt, opinionem ſacrum morbum eſſe: quippe quæ adeo potens eſt in rebus humanis, ut nacta ſemel conſuetudinem abeat in mores, & diuturnitate temporis vim obtineat naturæ. Hinc fluxit vetus eorum error, qui putaverunt ſola opinione, non etiam natura jus omne conſtare. Videbant enim non idem apud omnes jus eſſe, non idem æquum & bonum, ſed alium alio jure populum, & fere ſuo

quemque uti. Apud Perſas & Macedonas conſtituta fuit adverſus ingratos actio: cum apud alios populos malum hoc fuerit impunitum. In ſeditione populari, qui neutrarum erat partium, tenebatur lege Solonis, cum is ceterarum civitatum inſtitutis, probi quietique civis laude cumularetur. Lacedæmonii & Ægyptii furta permiſerunt, quæ apud alios paſſim prohibita; apud Athenienſes ex lege Draconis etiam pœna capitis multata ſunt; ſicut & hodie nonnunquam furca laqueoque fures ulciſcimur. Ex rapto olim vixere Cilices: Maſſagetæ communes uxores habuerunt: apud Perſas matribus & filiabus miſceri jus faſque fuit; quæ res aliis non horrenda modo, ſed etiam odio digna, crudelique ſupplicio viſa eſt. Poſſem ſexcenta alia id genus exempla proferre, niſi id & otioſum eſſet & infinitum.

Non eſt autem quod hæc valde miremur in tanta populorum multitudine, quorum fere ſingulorum varia eſt & diverſa indoles: in una atque eadem ſæpe civitate & perbrevi tempore videmus leges ipſas mutari, corrigi, & antiquari. Hinc tam multæ & frequentes earum abrogationes, derogationes, obrogationes, tot plerumque earum inter ſe repugnantiæ & diſſenſiones. Sed & in rebus honeſtis, quarum proxima eſt cum juſtis cognatio, animadvertere eſt, more tantum & conſuetudine quadam hominum inductas eſſe, cum nullum earum ſit in natura diſcrimen. Perſis turpe habebatur ſpuere, quod in reliquis populis non fit inhoneſte. Corporis nonnullis partibus tantus additus eſt pudor, ut quædam omnino non appellentur ſuis nominibus: aliæ appellentur quidem, ſed ita, ut honos præfandus ſit: at iſtam verborum verecundiam, ut ſtultam & puerilem, exploſerunt Stoici, qui nihil putabant turpe eſſe dictu, ſed omnem turpitudinem in rebus ipſis & factis, non in verbis & voce conſiſtere. Ex his omnibus jam effici videtur, totam iſtam juſti & injuſti, turpis & honeſti diſtinctionem, nullam re ipſa eſſe, ſed injuſta & turpia ea tantummodo duci, quæ legibus aut moribus cujuſque populi prohibentur: quæ prohibitio ſi tollatur, aut contrario hominum uſu paulatim antiquetur, jam vel naturæ conſenſu juſta fore & honeſta. Et eſt profecto hæc opinio non ficta, aut diſputationis duntaxat cauſa in ſcholis Philoſophorum agitata, ut pleræque aliæ; ſed habuit aſſertores ſuos plurimos, eoſque magnos viros & doctos imprimis, a quibus diu multumque ſerio defenſa eſt. Habuit Protagoram, magis etiam Ariſtonem & Pyrrhonem, qui hoc non diſputationis gratia aſſeruerunt, verum quod ita ſe rem habere plane ſibi perſuaſerant. Habuit & Traſymachum illum Platonis, qui jus nihil aliud eſſe dicebat, quam quod placet & utile eſt potentiori: ac proinde quodcunque is, qui plus poſſet, lege ſua juberet & vetaret, jus eſſe & quidem ſolum jus, neque ullam in eo eſſe naturæ veritatem.

Jam vero quod ab ipſa natura proficiſcitur, conſtans eſt & æternum, ſemper & ubique idem, nunquam ſibi repugnans, nunquam contrarium, nullo temporis curſu mutabile. Ignis ubique gentium & ſemper urit. Nix

apud

Digitized by Google

apud omnes & omnibus alba eſt. Non magis Germanis & Gallis ſymphoniæ jucundus auditus; non rerum bene olentium odor magis ſuavis, quam Indis & Garamantibus, aut contrariorum ſenſus magis contrarius. Hoc modo ſi jus non inſtitutum, ſed natum eſſet, quod quibuſdam juſtum eſt, id apud omnes pro juſto haberetur colereturque, & ſicut iiſdem ſenſibus, iiſdem etiam juſſis vetitiſque omnes uteremur. Itaque cum multi ſummo ingenio ſingularique doctrina homines ſemper in hoc ſtudio elaborarint, ac plures fortaſſe etiam quam in alia ſcientia; nemo tamen inventus e veteribus eſt, qui eam arte concludere conatus fuit, ſed tantum quiſque ex diſperſis & disjectis partibus decerpſit, quantum potuit aut judicio ſuo aſſequi, aut memoria comprehendere. Unde, ut videre eſt in eorum libris, non tam artificio ullo inſtructi, quam adjuti a natura, & legum, quam habebant, veterum memoria, quid juſtum vel injuſtum ſit, reſpondebant. Et tamen quam plauſibile & glorioſum autori ſuo id opus futurum fuiſſet, argumento eſt libertus Appii Claudii Cn. Flavius, qui ob expoſitas populo actiones, tantam in civitate gratiam eſt conſecutus, ut Ædilis Curulis crearetur. Sed bene viderunt viri excellentes & callidi, non poſſe in formam artis jus civile redigi, cum totum ſitum ſit in hominum inſtitutis; quæ & incerta ſemper, & ad diſcendum cuique ſunt facillima. Quare Juriſconſultorum memoria omnium in ore eſt, tanquam quæ ipſis aut ſola ſit, aut maxime neceſſaria, cum in ceterarum artium profeſſoribus artificium quoddam & acumen ingenii deſideretur: ut qui jura & inſtituta, quibus privati in quaque civitate utuntur, & actionem judiciorumque formulas memoria teneat, is in medio foro verſari, atque in judicum tribunalibus regnare poſſit, magna cum opinione juris ſcientiæ. Quod ipſum & multis olim, ut Aculeoni aliiſque, de quibus teſtatur Cicero, & noſtra quoque tempeſtate uſuveniſſe conſtat, qui in turba illa Forenſi & litigioſa multos annos verſati nomen habuerunt magnorum patronorum & Juriſconſultorum, cum eſſent omnium litterarum rudes, & hujus civilis ſcientiæ ignorantiſſimi.

Atque hæc fere ſunt argumenta eorum, qui opinione hominum jus eſſe conſtitutum putant, non decreto naturæ. Equidem fateor belle hæc ab iis, & vere etiam magna ex parte dici; ad probandum vero id quod volunt, accommodate nequaquam. Ajunt jus natura nullum eſſe, idque oſtendunt ab inſtitutis hominum, quæ inter ſe ſunt diſſimilia, cum natura ſui ſit ſemper ſimilis, quaſi vero id quod juſtum eſt, ex ſolis legibus & ſcitis populorum æſtimandum ſit, ac non potius ex eo, quod juſtum eſſe dictat ipſa naturalis ratio, ſeu inſita animis hominum ac divinitus impreſſa juſti & injuſti notitia. Eſt ſane id jus, quod poſitum eſt in legibus & populorum inſtitutis, varium & incertum, atque ad quamlibet rerum opportunitatem mutabile. Nam cum ad cujuſque populi indolem ac mores pro loci & temporum ratione accommodetur, fieri aliter non poteſt, quin diver-

ſum diverſis civitatibus & populis ſtatuatur; tum & ipſa temporum mutatio ac neceſſitas ſæpe juſtam affert mutandæ legis occaſionem. Pulchre Cæcilius JCtus apud Agellium, ab optimis, inquit, Rerumpubl. gubernatoribus legum opportunitates & medelæ pro temporum & rerump. generibus, ac pro utilitatum præſentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum eſt, fervoribus, mutantur atque flectuntur, neque uno ſtatu conſiſtunt: quin ut facies Cœli & Maris, ita rerum atque fortunæ temporibus varientur. Lucius Valerius apud Livium, quas tempora, inquit, aliqua deſideraverunt leges, mortales & temporibus ipſis mutabiles eſſe video: quæ in pace latæ ſunt, plerumque bellum abrogat, quæ in bello, pax. Prudentes & eruditi Medici non eadem omnibus ægrotis, ſed aliis alia, atque adeo contraria plerumque pharmaca applicant: ad eundem modum ſapientes quoque legum conditores leges ipſas ad indolem & mores cujuſque populi adaptare debent, perſonarum, cauſæ, loci, temporiſque ſemper habita ratione: nam ſi nullo judicio, nulloque rerum, perſonarum, locorum & temporum habito delectu, actiones humanæ ſive publicæ, ſive privatæ ordinentur, acri ſane dignaque reprehenſione carere non poſſunt. Neque enim probanda eſt Cleonis apud Thucydidem ſententia, qui melius agi cum Republica aut civitate dicebat, quæ malis legibus, dummodo conſtanter, quam cum ea, quæ bonis, ſed inconſtanter, utatur. Quod vero jus ipſa humana ratio conſtituit, id ut per ſe juſtum & æquum eſt, ita & per ſe & ſuapte natura conſtans perpetuum atque unum eſt. Sed & quamvis non omnes legiſlatores idem ſemper ſtatuant, idem tamen omnes ſibi propoſitum habent, ſalutem ſcil. civium & Reip. utilitatem. Una inquam ſemper eſt aut eſſe debet legiſlatorum omnium mens, ut æquitate conſtituenda cives ſuos ad primam illam & immutabilem naturæ juſtitiam revocent, quam ſi legibus ſcriptis exprimere nequeant, voluntate certe proxime accedunt. Ac ne illud quidem exiſtimandum eſt, omnia eſſe juſta, quæ ſita ſunt in populorum inſtitutis aut legibus. An ſi quæ leges eſſent Tyrannorum, ſi triginta illi Athenis leges imponere voluiſſent, aut ſi omnes Athenienſes tyrannicis legibus delectarentur, num idcirco hæ leges juſtæ haberentur? Si furta, ſi adulteria aliave flagitia apud quoſdam populos impunita fuerunt, ſi ſint gentes, in quibus & nato genitrix & nata parenti jungitur, an harum gentium barbari mores & pravum judicium efficere poſſunt, ut id quod natura juſtum aut injuſtum eſt, tale eſſe deſinat? Quid quod neque illi ipſi, quos diximus Lacedæmonii furta rerum omnium permiſerunt, ſed eduliorum tantum, neque omnibus furari, ſed junioribus duntaxat, quos furtim ſibi alimenta comparare voluerunt, ut acuerent induſtriam, diſcerentque a pueris noctu vigilare, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere, ita adultos bello meliores fore exiſtimantes, teſtibus Xenophonte & Agellio: quamquam in eo ſtulti, quod furtorum conſuetudine potius, quam virtutis amore & ſtudio veram ingenerari fortitudinem crediderunt.

Quæ

Digitized by Google

Quæ juſtorum eadem & honeſtorum diſtinctio eſt ; quædam enim natura talia ſunt, quædam vitæ communis uſu introducta. Illa perpetua ſunt, apud omnes ubique & ſemper honeſta . In iis autem , quæ hominum conſuetudine inductæ ſunt honeſtates, tanta variatio eſt & diſſimilitudo, quanta eſt in ipſis moribus , qui pro cujuſque gentis diſpari cultu & victu , varii & diſpares conſtituuntur .

Quod vero de ſenſibus afferunt, cunctis eos hominibus & quocunque in loco eoſdem eſſe , verum eſt cum ſani ſunt & valentes , nec ulla re alia impediuntur . At remum in aqua judicamus inflexum eſſe , & nimio æſtu laborantibus tepent frigida, & febre correpti vini ſuavitatem non ſentiunt. Sunt & in hominibus qui clarius cernunt , ſunt qui liquidius audiunt ; ſunt qui odorantur ſagacius , nec quiſquam fere eſt , qui non proprii aliquid habeat in ſenſibus : & tamen eadem & una ſenſuum vis omnibus ingenita eſt , quamvis ea in unoquoque valeat pro ſuæ duntaxat facultatis ratione .

Similiter mens humana multis ſæpe eſt occæcata erroribus , nec ſemper verum a falſo poteſt diſcernere ; ſed in eo ſubinde fallitur, non tam rerum ipſarum incertitudine , quæ nulla eſt , quam judicii imbecillitate & ignorantia . Neque tamen propterea putandum eſt mutari naturam ; ſed cum una ſit , & ſimplex , diverſa nihilominus & multiplex affectis diverſe animis apparet . Qui plus ingenio & doctrina poſſunt , rectius omnia judicant ; qui utroque aut altero deſtituuntur , offendunt ſæpiſſime . Ut in cantu multa exaudiunt Muſici , quæ fugiunt ejus artis imperitos ; & plurima non videmus in picturis , quæ vident Apelles & Parraſii : neque tamen alia eſt pictura indoctis , alia doctis hominibus , ſed ab iis , cum ſit eadem , non eadem illorum aſpectu ſentitur .

Jus ipſum quidem per ſe nudum & apertum eſt , ſibi conſtans , & jam tum a principio ſui generis æterna lege definitum: ſed id ad uſus hominum & mores , qui varii ſunt & incerti, accommodare & difficile eſt & arduum Atque ex eo fit , ut non idem ſit de eo omnium judicium , aliudque alii faciendum videatur, aut non faciendum . Id vero accidere in rebus tam obſcuris nemini mirum videri debet, cum ipſi ſenſus, quorum adeo clara ſunt & certa judicia , perſæpe hallucinentur . Nam Protagoræ jam pridem exploſa ſententia eſt, qui quicquid videtur tale eſſe dicebat, quale videretur, remum in aqua inflexum eſſe , quia talis apparet ; & vinum ægroto acerbum , valenti ſuave eſſe , quia iis ejuſmodi eſſe videatur . Idque probabat a rebus juſtis ; quaſi non alia de cauſa juſtæ eſſent , quam quod legiſlatoris opinione pro juſtis haberentur, abrogata lege tales eſſe & haberi deſinerent; quo neſcio an quicquam dici poſſit abſurdius : neque enim juris aut rerum ſtabilitas vacillat , ſed fallimur opinione & ſenſibus , dum illa prava eſt, hi corrupti . Quod ſi removerentur omnia , quæ obſtant & impediunt , quo minus ſuo quo quodque naturali munere fungi perfecte poſſit , neque no-

bis

Digitized by Google

his unquam falſa perſuaſio imponeret, neque depravatus ſenſus deciperet, & omnium eſſet de omnibus certum & idem judicium: denique jus æque coleretur ab omnibus. Poſtremo nec illud ſatis argumenti eſt ſola hominum inventione jus excogitatum eſſe, quod nulla dum arte ſit concluſum. Multa enim ſunt in rerum natura, quæ partim adhuc ignorantur, partim diſſipata jacent & diſperſa ſine artificio, quæ tamen propterea dici non poſſunt vere non exiſtere. Ac ne illud quidem verum eſt, non poſſe jus alicujus populi in artem redigi: nam ſi, ut ait Tullius, quæ longo negotiorum uſu & Rerumpub. adminiſtrationibus obſervata ſunt, hæc ab hominibus peritis animadverſa & notata, verbis deſignata, generibus illuſtrata, partibus fuerint diſtributa, non intelligo quamobrem non, ſi minus ſubtili quadam definitione, aut utique vulgari opinione ars eſſe videatur, aut certe artis quædam ſimilitudo & ſimulachrum. Quamobrem, ut ut iſta quæ objiciuntur, qualem qualem fucum habeant, non adeo tamen plauſibilia videri debent, ut a Platonis, Chryſippi, Ciceronis, aliorumque ſapientiſſimorum hominum ſententia dimoveamur, qui non ab hominum opinione, ſed a naturæ decreto jus fluxiſſe rectiſſime cenſuerunt. Nimirum fons legum omnium morumque natura eſt; finis ad quem ducimur ea ipſa natura eſt, natura inquam hominis, quam rectam rationem appellamus: nihilque revera juſtum aut honeſtum eſt, niſi quod huic rectæ rationi ſit conſentaneum; quamquam quid opus eſt rectum addere, cum quæ non ſit recta ratio, eadem ne ratio quidem ſit. Ut ſimia ſemper eſt ſimia, etiamſi purpura induatur, ſic injuſtitia ſemper eſt injuſtitia, etſi ex legis authoritate ſimilitudinem quandam gerit ſpeciemque juſtitiæ. Omnium, inquit M. Tullius, quæ in doctiſſimorum hominum diſputatione verſantur, nihil eſt præſtabilius, quam plane intelligi nos ad juſtitiam eſſe natos, neque opinione, ſed natura jus conſtitutum eſſe: atque hujus rei evidentiſſimum eſſe argumentum, quod etiam homines nullis artibus edocti, ſed ſola notione, quam eis indidit natura, rationis ſunt participes: cui autem rationem natura dedit, ei, inquit, & rectam rationem contulit: ergo & legem; cum lex nihil aliud ſit, quam recta & a Numine Deorum tracta ratio, præcipiens honeſta, & vetans contraria. Omnibus igitur ratio, omnibus lex, & omnibus jus a natura datum eſt. Hoc autem jus ſemper & ubique juſtum eſt & fuit: nec aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc eſt, aliud poſthac erit: nam ut recta ratio inſita a natura & diffuſa in omnes conſtans eſt & ſempiterna; ita & quod ea præſcribit ſemper atque ex ſe juſtum eſt atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt; nec quod jubetur, vetari. vimque ſuam perpetuo retinent in obligandis conſcientiis anticipatæ in animis noſtris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc conſtantia atque immutabilitas præcipue elucet.

ERU-

Digitized by Google

ERUDITISSIMO JUVENI,

SIMONI VINNIO,

CUM

Summorum, qui JCtis debentur, honorum gratia, de divinis humaniſque rebus in Illuſtri Leidenſi Batavorum Academia graviter reſponderet, ac eiſdem, more majorum, merito ornaretur.

Quod Themidi promit Vinni facundia, Magni hoc Et Patris & Nati filius inſtar habet.

V. CL.

ARNOLDI VINNII, JC. & hujus Academiæ Ornamenti incomparabilis, Collegæ mei Filio unico, & in aliorum exemplum nato eductoque

L.M.Q.

Poſui

MARCUS ZUERIUS BOXHORNIUS.

Digitized by Google

SIMONIS VINNII, ARN. FIL. J.U.D.

ORATIO

DE SAPIENTIA ROMANORUM,

In jure conſtituendo, reddendo, interpretando, habita Idib. Januarii CIↃ. IↃC. LI.

FUIT olim proverbium hoc, Auditores Spectatiſſimi, tota Græcia celeberrimum maximeque uſurpatum, ἣν ἔλαχες σπάρταν, κόσμει, Spartam nactus, hanc exorna. Cujus proverbii origo primum ab ipſis Spartanis civibus nata ſeſe inter ſe ad civitatis ſuæ dignitatem pro virili amplificandam communi iſta & populari voce cohortantibus, poſt vero ita celebratum eſt, ut ad quaſvis honeſtas & probatas functiones accommodaretur. Quam ego vocem cum ad me quoque pertinere exiſtimarem, non committendum putavi, ut eam omnino neglexiſſe, aut pro nihilo habuiſſe videri poſſim. Conceſſa mihi poteſtas eſt a Nobiliſſimis inclytæ hujus Academiæ Curatoribus, necnon Collegis eorum florentiſſimæ hujus urbis Conſulibus, duos illos Pandectarum ſeu Digeſtorum juris epilogos, quorum alteri titulus eſt de verborum ſignificatione, alteri de diverſis regulis juris antiqui, publice interpretandi, iis nempe diebus, quibus Clariſſimi Profeſſores a lectionibus publicis abſtinere ſolent. Ceterum ne illotis, quod ajunt, pedibus hanc provinciam dicar ingreſſus, pro ea, quæ moribus uſuque recepta eſt, conſuetudine, priuſquam ad ipſam interpretationem accedam, verba ad vos ex hoc loco mihi facienda duxi, deque illuſtri aliquo argumento more a majoribus per manu tradito differendum. Putavi autem non uſque adeo alienum ab inſtituto hoc noſtro fore, ſi de ſingulari illa pop. Rom. ſapientia, qua uſus eſt cum in legibus ferendis, & jure conſtituendo, tum in eo reddendo interpretandoque, in præſentia differtarem. Quam utique admirabilem fuiſſe neceſſe eſt, cum etiam nunc, quotquot ſunt reſpublicæ bene conſtitutæ, leges & jus civile Romanorum venerentur, atque ad hujus normam ultro ſe hodie componat orbis Chriſtianus. Non repetam rem a primordio urbis, a legibus Romuli aut Numæ, verum a decemvirali illa, quam merito fontem dixeris omnis publici privatique juris.

Exactis urbe regibus pop. Romanus aliquamdiu incerto magis jure & conſuetudine uſus eſt, quam legibus latis, utpote legibus regiis una cum tyrannide pulſis, abolitiſque lege Tribunitia, lata a Junio Bruto Tribuno Celerum, eo ipſo, qui & reges ejecerat. Sed cum ea res materiam litium civibus præberet, magnaſque ſæpe excitaret contentiones, placuit tandem,

nec

Digitized by Google

,nec ita multo poſt, certas ferri & ſtabiles leges, ad quarum præſcriptum tum publice univerſi, tum privatim ſinguli ſe conformarent.

Sciebant prudentiſſimi mortales, non quicquid ubique egregium eſt, id in unius populi legibus aut moribus reperiri: quam ob cauſam nec unius tantum civitatis jura cognoſcere voluerunt, ſed plurium, earumque ſapientiſſimarum, atque ex omnium harum inſtitutis, quod uſquam ſpecioſum, decerpere atque ad ſe transferre. Qua in re imitati videntur exemplum Zeuxidis Heracleotæ pictoris nobiliſſimi, qui cum Helenam Crotoniatis pingendam ſuſcepiſſet, petiit ab iis, ut virginum, quas haberent formoſiſſimas, ſibi inſpiciendarum copia fieret, ex quibus, de publico conſilio omnibus in unum locum conductis, ille quinque excellentis formæ delegit, ut quod in ſingulis laudatiſſimum erat, pictura redderet; neque enim putabat omnia, quæ ad venuſtatem quæreret, uno in corpore ſe reperire poſſe.

Miſerunt igitur legatos in Græciam ad illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, quas ille unus e ſeptem ſapientibus Græciæ, & eorum facile princeps Athenienſibus ſcripſerat, ſublatis prioribus Draconis, in qubus nihil fuiſſe fertur memorabile præter pœnarum acerbitatem. Miſere Lacedæmona qui ediſcerent leges Lycurgi, quas ille Spartanis tuliſſe fertur, adhibito prius in conſilium Deo. Miſere & ad alias urbes Græcas, non modo quæ in Græcia, ſed & quæ in Italia erant, ut omnium harum civitatum leges, inſtituta, moreſque explorarent. Miſere in Hetruriam, qui religioſa Tuſcorum cognoſcerent, quo ritu urbes condantur, aræ, ædes ſacrentur, qua ſanctitate muri, quo jure portæ ſint, aliaque ejuſmodi, quæ libris ritualibus religioſiſſimæ gentis continebantur. Ex tot clariſſimarum civitatum inſtitutis & legibus, ſimul ex eo jure, quod civitatis Romanæ proprium fuerat, delectis, quæ uſquam egregia, conflatum a Decemviris eſt jus civile Quiritium, compoſitæque illæ tantopere celebratæ leges XII. tabularum. Nos quidem harum legum nihil præter fragmenta quædam & rudera habemus. Ceterum hoc conſtat, tripertitam fuiſſe XII. tabularum diviſionem: prima parte comprehenſum id jus, quod ad ſacra & religiones pertinet, veluti Pontificium, & Augurale: altera jus publicum, ſpectans ad ſummam Reip. poteſtatem populi in bello paceve decernenda, in magiſtratibus creandis, legibus jubendis aut antiquandis, privilegiis irrogandis: tertia, jus privatum, hoc eſt, id jus, quod cujuſque civis utilitatem privatim reſpicit, atque in hanc partem, quæ longe maxima fuit, jura rerum acquirendarum, poſſeſſionum, hereditatum, obligationum, actionum, ceterorumque, quæ ad rem familiarem cujuſque pertinent, relata fuiſſe. Non temere igitur Marc. Tullius in perſona Luc. Craſſi diſputans dixit, totam civilem ſapientiam bene deſcriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus XII. tabulis contineri, adeoque ſi quis cum Græcorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanas leges confer-

re voluerit, eum facillime intellecturum, quam jus omne civile præter unum Romanorum, inconditum ſit ac pene ridiculum.

Procedente tempore jus civitatis adauctum, latæ & aliæ leges, & plebiſcita pro legibus accepta. Ceterum etiam in hoc legum cumulo fons omnis ſacri & humani juris manſit lex XII. tabularum. Porro ad commendationem juris Romanorum plurimum valuit ea pars, quæ poſita eſt in jure dicundo interpretandoque. Jus dicentis officium latiſſime patere voluerunt, nec conſiſtere tantum in jure conſtituto privatim ſingulis poſtulantibus reddendo, verum etiam in jure edictis publice univerſis proponendo, ac velut conſtituendo, facta magiſtratibus poteſtate, ea, quæ a legibus & jure civili proficiſcebantur, mitigandi, ſupplendi, adjuvandi, corrigendi, prout aut naturalis æquitas, aut utilitas publica poſtulare videretur, ſalva populi legumque majeſtate; quod jus honorarium appellaverunt, & vivam eſſe vocem juris civilis Marcianus Juriſconſ. ſcripſit. Illud vero præcipue & auctoritatem legibus Romanor. attulit, & ſtabilitatem, quod magno in honore ac pretio apud eos ſemper fuit juris conſtituti cognitio atque interpretatio. Sciebant enim non ſatis conſuli civibus ſola legum ſanctione, niſi ſint in civitate qui vim legum intelligant, eaſque interpretari, atque in infinita rerum & negotiorum varietate populo de jure reſpondere poſſint: qui quaſi cuſtodes ſint juris civilis, quorumque autoritate ſua conſervetur legibus autoritas, atque ad poſteros tranſmittatur. Itaque huic muneri præeſſe voluerunt ampliſſimos quoſque & clariſſimos viros, ipſa civitatis lumina, Claudios, Scipiones, Mucios, Catones, Brutos, Craſſos, Lucillios, Gallos, Sulpitios, alioſque plures, quos omnes conſtat juris civilis ſcientiam profeſſos eſſe, interpretando, reſpondendo, pleroſque etiam docendo, diſputando, ſcribendo. Ecquam autem aliarum gentium commemorare poſſumus, non dico quæ in hoc genere certare cum populo Romano poſſit; ſed in qua ſtudium juris civilis aliquo in pretio habitum & vel negligenter excultum fuiſſe videtur? ubi tandem aut inſtitutas de jure diſputationes, aut ſcriptos libros fuiſſe legimus? ubi denique nomen ipſum vel Juriſconſultorum vel Juriſprudentum, niſi apud populum Romanum auditum? Utique non eadem apud Græcos pragmaticorum, quæ Juriſconſultorum apud Romanos vel facultas vel dignitas fuit. Apud Græcos, qui ſeſe privatorum negotiis, rebuſque agendis interponebant, non Juriſconſulti, ſed pragmatici nominabantur, quaſi dicas negotioſi & formularii homines, ut Craſſus apud Ciceronem ait, infimi & mercenarii, qui ſe miniſtros in judiciis oratoribus præbebant. Non ſum, inquit Fabius, moris noſtri ignarus, oblituſve eorum, qui velut ad arculas ſedent, & tela agentibus ſubminiſtrant: neque idem Græcos quoque neſcio factitaſſe, unde nomen his Pragmaticorum factum eſt. Et Antonius I. de Oratore; Itaque Græci, inquit, diſertiſſimi homines, miniſtros habent in cauſis Juriſperitos, cum ipſi ſint imperitiſſimi, & qui pragmatici vocantur, In quo no-

noſtri omnino melius multo, quod clariſſimorum hominum auctoritate leges & jura tecta eſſe voluerunt. Et recte profecto. Non enim Romani item ut Græci, Juriſconſultorum ſuorum munus in tam exili & tenui opera conſumi voluerunt, ut actionibus tantum ac formulis, cautionibuſque præeſſent; ſed in æquo bonoque civibus omnibus reſpondendo. Quapropter præclare mihi Celſus artem juris definiviſſe videtur, artem æqui & boni. Siquidem officium Juriſconſulti & prudentia illius maxime in eo conſiſtit, ut quid in unaquaque re æquum, quid iniquum ſit, videre, tum diſcernere, & de eo reſpondere poſſit conſilium ſibi expetentibus. In recti, inquam, pravique diſcrimine: cum illi, qui ſe ad album ſolummodo ac rubricas transferunt, formularii, vel, ut Cicero ait, leguleii quidam efficiantur. Igitur Romæ ampliſſimi quique cives & nobiliſſimi viri, quaſi juris civilis cuſtodes, in hoc munere, tanquam in præſidio aliquo locabantur, a quibus ceteri cives, quid æquum bonumque eſſet, cum uſus veniret, exquirerent. Atque hi non contenti communi quadam legum & conſuetudinis intelligentia, omnes bonarum litterarum opes, cunctas eruditionis juſtæ ac legitimæ partes ſibi comparabant, diſciplinam Reipubl. cauſam Imperii cognoſcere, omnem denique bene vivendi rationem tenere & perſequi ſatagebant. Jam vero quantum illud eſt, quod Juſtitiæ ſacerdotes ſeſe profiterentur, veræque & non ſimulatæ Philoſophiæ ſectatores, nimirum neceſſe eſt eos fuiſſe viros graves, ſanctos, ſeveros, incorruptos, inadulabiles, vi & majeſtate æquitatis veritatiſque terrificos. Ad hos vel transverſo obambulantes foro vel in ſolio ſedentes domi ſic adibatur, non ſolum ut de jure civili ad eos, verum etiam de filia locanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur. Quod ſane præclarum ac majeſtatis plenum fuiſſe conſtat; vel cum alacri illi ac promto ore huc atque illuc intuentes vagabantur magna cum caterva toto foro, præſidium clientibus, atque opem amicis & prope cunctis civibus lucem ingenii & conſilii ſui porrigentes atque tendentes; vel cum in ea domus parte, ubi majorum imagines aſſervabantur, quaſi auguſto aliquo loco ſella poſita Divæ juſtitiæ oracula enunciabant atque fundebant. Quare non immerito Marcus Tullius dixit, domum Juriſconſulti oraculum eſſe totius civitatis, unde ſibi, ſi non populi & Reges, ut ab illo apud Ennium Pythio Apolline, at omnes ſui cives conſilium expetant, ſuarum rerum incerti, quos ille ex incertis certos, compoteſque conſilii dimittat, ut ne temere res tractent turbidas. Præclare igitur ſapientiſſimus Poeta, qui cum ſuas cuique genti laudes attribuiſſet, pingendi, ſculpendi, obſervandi cœli, Romanis reipublicæ conſtituendæ ſcientiam adjudicavit, *Tu regere, inquit, imperio populos Romane memento: Hæ tibi erunt artes, pacique imponere morem*, & quæ ſequuntur.

Accepto Principe ingens acceſſio facta, ac tum demum hoc civile ſtudium ad ſummum perductum eſt. Nam cum vitio ſeculi paulatim invaluiſ-

ſet, ut paſſim & promiſcue cuivis, qui modo ſtudiorum ſuorum fiduciam haberet, fas eſſet Juriſconſultum ſe profiteri, & publice de jure reſpondere; ne vel multitudine profitentium, vel quorundam imperitia, ignavia, ſordibus res tanta vileſceret, atque ut Pomponius noſter in hiſtoria de origine juris ſcribit, quo major eſſet juris auctoritas, Divus Auguſtus conſtituit, ut ex ſua auctoritate de jure reſponderetur, nec quemquam ex eo tempore paſſus eſt juris ſcientiam profiteri, publiceve de jure reſponſitare, niſi cui id beneficii loco, ob inſignem virtutem, ſingularem eruditionem ac cognitionem juris civilis ipſe conceſſiſſet. Quod inſtitutum atque exemplum Auguſti reliqui deinceps Principes ſecuti ſunt. Poſteriores etiam hoc addiderunt, ut ne quis Juriſconſulti titulo prius inſigniretur, quam jurati Doctores, quorum opera uſus eſſet, teſtati fuiſſent, dignum eſſe atque ea eruditione juriſque intelligentia præditum, ut in numerum recipi & matriculæ Togatorum inſeri poſſet.

Sed quod omnium maximum eſt, ipſi Principes, quibus nunc ſolæ commendantur diſciplinæ Mathematicæ, non aliud ſtudium magis quam juris civilis excolebant. Apud Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores, nihil occurrit crebrius, quam quod ipſi Principes jus aſſidue, laborioſiſſime, ac ſeveriſſime dixerunt. Cum autem jus dicerent aut judicarent, adhibebant in conſilium non amicos aut comites ſuos, ſed viros ſapientes & clariſſimos ex ordine Juriſconſultorum, ſicut Ælius Spartianus de Hadriano refert, eum cum judicaret, in conſilio habuiſſe Julium Celſum, Salvium Julianum, Neratium Priſcum, nec alios adhibuiſſe, quam quos univerſus Senatus probaviſſet. Teſtes ſunt iidem Auguſtæ hiſtoriæ ſcriptores, hunc veterum Principum morem fuiſſe, ut Juſtitiæ ſolium cottidie frequentarent, non ſolum ut id nuda ſua decorarent præſentia, ſed ut ipſi civibus de jure reſponderent, cauſas cognoſcerent, partes audirent, ſententiam pronuntiarent. Cujus rei luculentum exemplum nobis exhibet Marcellus libro Digeſtorum vigeſimo octavo. Prolatum erat in auditorio Principis teſtamentum, in quo heredum nomina teſtator induxerat: quam ob cauſam bona a fiſco vindicabantur, ſcriptis heredibus indignitatis inſimulatis. De legatis tamen diu dubitabatur. Advocatus fiſci dicebat, Vos, ſcripti & inducti habetis judices veſtros, præfectos ærarii, non eſt quod Imperatorem de ea re ſollicitetis. Vivius Zeno dicebat, Rogo, Domine Imperator, audias me patienter, quid de legatis ſtatues? Cui Antoninus Cæſar (Nam apud Marcum Antoninum Philoſophum hæc cauſa agitabatur) videtur tibi voluiſſe teſtamentum valere, qui nomina heredum induxit? Reſpondit Cornelius Priſcianus Advocatus Leonis, nomina heredum tantum inducta ſunt, Domine Imperator. Replicabat Loginus advocatus fiſci, non poteſt ullum teſtamentum valere, quod heredem non habet. Priſcianus dicebat, manumiſit quoſdam, Domine Imperator, & legata dedit. Tandem Antoninus Cæſar remotis omnibus cum deliberaſſet, & admitti rurſus eoſdem

juſ-

juſſiſſet, ſententiam ipſe proferens dixit: Cauſa præſens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat exiſtimemus teſtatorem irrita eſſe voluiſſe, quæ induxit. Hoc exemplum & formam nobis exhibet, qua in cognoſcendo & judicando Principes olim uſi, & ſimul oſtendit bonos Principes in re dubia contra fiſcum pronuntiare ſolitos, cujus cauſa nunquam mala eſt, niſi ſub bono Principe.

Sed nec hoc prætereundum, quod nunquam temere aut inconſulto, nuſquam ſine manifeſta civium utilitate quicquam novi juris conſtituebant, ſed explorato prius judicio & ſententia virorum prudentum, cenſerentne illi id poſſe recipi ſalva ratione juris conſtituti, tum an in eo tam evidens ac juſta civium utilitas verſaretur, ut auctores ſibi eſſent rei novæ conſtituendæ. Sic legimus Divum Auguſtum prudentiſſimum Principem, non ante irrepentem in Rempublicam codicillorum uſum ſua authoritate confirmare voluiſſe, quam convocati viri ſapientes (inter quos Trebatius tunc erat maximæ dignationis) cenſuiſſent, morem iſtum civibus & utiliſſimum eſſe & perneceſſarium. Imperator Alexander ipſe Princeps Juriſconſultiſſimus nullam legem ſanxiſſe fertur, niſi adhibitis prius in conſilium xx. Juriſperitis, & id quidem ut iretur per ſententias ſingulorum, ſcribereturque quod quiſque dixiſſet, dato etiam ſpatio ad diſquirendum cogitandumque, priuſquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus tanti ponderis & momenti. Hoc jus tam prudenter tam penſiculate conſtitutum non potuit non ſe latiſſime diffundere per univerſum orbem Chriſtianum. Diffudit autem ſe ac propagavit non tam potentia imperii Romani, quam legum a Romanis latarum evidentiſſima æquitate, utilitate, ac juſtitia: adeo ut hodieque tanquam jus aliquod gentium ubique fere locorum colatur, atque in omnibus bene conſtitutis Academiis publice doceatur.

A Juſtiniano ſacratiſſimo Principe etiam hoc habemus, quod is immenſa veteris prudentiæ volumina in unum corpus contraxit, atque ea, quæ diffuſa & diſſoluta fuerant, certo volumine comprehendit, atque arte quadam ſic conglutinavit, ut jam etiam multo facilior, quam antea fuerat, cœperit eſſe juris civilis cognitio. Hoc autem volumen, quia ordine quodam diſpoſitum eſt, omniſque generis veterum conſultorum ſententias & reſponſa complectitur, Digeſta aut Græca voce Pandectas appellari voluit. Huic porro tanto operi ut colophonem adderet, duplicem ei ſubjecit epilogum, quorum primus eſt verborum, quibus paſſim in jure utimur; alter rerum, qui ex regulis juris conficitur. Uterque meat ac ſeſe diffundit per univerſum juris corpus, haud ſecus ac venæ atque arteriæ per corpora noſtra atque aliorum animalium diffuſæ & diſperſæ ſunt. Uterque tam in foro quam in ſcholis verſantibus cognitu non modo perutilis, verum etiam neceſſarius. Uterque commentarii vicem tyronibus in ſtudiorum primordiis utiliſſimi exhibere poteſt. Equidem non ignoro eſſe nonnullos, qui contendunt verborum ſignificationes nihil ad eos, qui juris ſcientiam profitentur,

tentur, pertinere, ſed hoc totum eſſe profeſſionis Grammaticæ; ſed profecto illi homines toto errant judicio. Quid enim juvabit vel in ſcholis vel in medio foro verſari, ſi ea, quæ dicuntur aut proferuntur, non intelligamus?

An non in omni diſciplina prima eſt verborum & dictionum ac phraſium diſputatio? an non verba ad hoc inventa ut ſententiam & voluntatem dicentis declarent? Ideoque Plato princeps ingenii & doctrinæ dicere ſolebat, primam eſſe debere verborum curam, licet rerum potiſſima ſit: quippe verba notas eſſe rerum, omnemque orationem a rebus oriri ac dependere, ut qui in hiſce notis ac ſymbolis erraverit, neceſſario etiam ipſis in rebus ſit hallucinaturus. Atque ut omnes artes ac diſciplinæ proprias & peculiares habent voces, citra quarum intelligentiam ad rerum cognitionem nullo modo perveniri poteſt, ita & vel maxime diſciplina juris. Certis & ſollennibus verbis conceptæ leges, Senatuſconſulta, edicta, certæ heredum inſtitutionis, legatorum, cautionum, ſtipulationum, actionum, aliorumque id genus formulæ, in quorum omnium interpretatione veterum Juriſconſultorum verſatam eſſe induſtriam minime ignotum eſt. Lepidum eſt, quod Aulus Gellius de quodam celeberrimi nominis Grammatico refert, qui interrogatus a Gellio, quid eſſet ex jure manum conſertum, reſpondit ſe rem Grammaticam docere, non jus reſpondere. Sed inquit, ſi quid ex Virgilio, Plauto, aut Ennio quærere habes, quæras licet; atqui inquit Gellius, ex Ennio eſt quod quæro: Sic enim Ennius, *Non ex jure manum conſertum, ſed mage ferro Rem repetunt*, &c. & ſimul ire juſſit hominem, ac diſcere unde Ennius didicerat, ad juris aliquem peritum. Alter Epilogus, qui rerum eſt, ut dixi, atque ex regulis juris conficitur, rejectus eſt in locum extremum, & ſane quidem merito. Quid enim aliud ſunt illæ regulæ, quam velut rivuli quidam ex fontibus juris conſtituti manentes ac diducti? quam velut poriſmata quædam ordine conſecutionis univerſali legum doctrina poſteriora? Unde illud hujus epilogi initio? Non ex regula jus ſumatur, ſed ex jure, quod eſt, regula colligatur & fiat. De hujus epilogi ſive tituli utilitate nihil aliud in præſentia dicam, niſi quod Ulpianus noſter commendaturus titulum de in integrum reſtitutionibus, hic titulus, inquit, commendatione non eget: ipſe enim ſe ſatis oſtendit. Nam ſive eos ſpectamus, qui jus civile interpretantur docendo ſcribendove, aut qui in foro reos tuentur atque defendunt, & de jure conſultoribus reſpondent, vel denique qui jus dicunt redduntque, ut magiſtratus & judices, hi, inquam, omnes, niſi in mundo atque in promtu habeant copiam quandam harum juris regularum ac præceptorum, vix eſt, ut munere ſuo recte defungi queant. Sed de his latius diſſerendi, Deo volente, dabitur occaſio, quando, quod nunc ſupereſt, manum operi ſuſcepto admovebimus, Spartamque, quam nacti ſumus, pro virili rebus ipſis & factis exornare conabimur.

Faxit Deus Opt. Max. præſes & tutor inclytæ hujus Academiæ, ut hæc res mihi vobiſque omnibus, & Reipublicæ literariæ bene feliciterque eveniat.

IN

Digitized by Google

IN EXCESSUM

SIMONIS VINNII, A. F. J. C.

JUVENIS EXIMII.

Vinniadem rapuit juvenem florentibus annis
Mors. Cur ſed juvenem? Credidit eſſe ſenem.

Manibus Memoriæque

SIMONIS VINNII,

Magni Patris Magni Filii, ut præſtantis jam magna, ita majora pollicentis, Eruditione, Ingenio, Judicioque, & rara morum Comitate Ornatiſſimi, in ipſo Ætatis flore rapti, parentum pluriumque jam deſiderii.

T. M. Q.

S.

BOXHORNIUS.

AD

PATREM DEFUNCTI,

SENEM MOESTISSIMUM.

Veſtitur arbor mille ſæpe floribus,
Fructuſque nullus mille ſæpe eſt floribus.
Ridere cum jam ſpes videtur, decipit.
Animum pater, totumque te, VINNI, *erige.*
Fortuna fortes opprimit nunquam viros;
Humoque tollit, ſævior cum jam fuerit.

BOXHORNIUS.

AD

A D

AMPLISSIMI ET CLARISSIMI VIRI,

ARNOLDI VINNII;

In Celeberrima Lugdun. Batav. Academ. Juris Profeſſoris Primarii, unici Filii,

SIMONIS VINNII, J.U.D.

Inopinum Funus.

QUI nuper diras luxit, Linemanne, Cometes,
Veri præſagum Te probat eſſe Virum.
Sublimi ingenio natis juvenilibus annis
Dixiſti vereor, Magne, malignus erit.
Eſt ita, Lethiferum hoc lumen vix condidit æther;
Sidereæ mentis lumen & ecce cadit.
Aſpice Belgarum Virtuti nata juventus,
Occidit ecce tui lux veneranda chori.
Ille juventutis Princeps, flos ille vireſcens
Muſarum, verno tempore morte perit.
Vergentis Patriæ columen, fulcrumque ſenectæ,
Heres præclari Nominis, atque decus.
VINNIUS ille riget, quem nuper roſtra, Cathedræ,
Portarunt, hunc nunc atra feretra ferunt.
Germanis effertur amor, Belgiſque voluptas;
Cor matri, juri gloria, vita patri.
Mento caneſcant mente hic, multique Capillo,
Pectore, ſed juvenis mortuus hicce ſenex.

Et Germanos æſtimare Belgas, & eſſe Belgis quod ament; & mirentur Germani exemplo vita functi Cl. Viri amici quondam ſui Col. L. M. Q. innuere voluit.

D. L. B. L.

FINIS.

IN-

INDEX RERUM ET VERBORUM.

A.

Accuſatori demum incboata accuſatione licita de crimine capitali tranſactio. Pag. 248.
Actio alia non datur ex pacto in continenti bonæ fidei contractui appoſito, quam ejus contractus, cui appoſitum. 63. *niſi tendat ad diſſolutionem contractus.* 63. & 64.
Actio præſcriptis verbis & nomine & re incerta eſt, an concurrat cum actione nominata. 63.
Actu plus eſt in ſpecie, quam in genere. 14.
Actus agentium non operantur ultra eorum intentionem. 74.
Actio confeſſoria aut negatoria an competat pro tuenda juriſdictione. 158.
Actio ex maleficio orta an admittat tranſactionem, cum civiliter agitur. 229.
Actiones hereditariæ poſt collationem demum cum effectu exerceri poſſunt. 211.
Actiones omnes tam in rem, quam in perſonam tranſactionem admittunt: etiam præjudiciales. 228.
Actus juriſdictionis & mixti imperii plane diverſi. 134.
Addictio in diem & lex commiſſoria videntur pacta legitima. 16.
Adminicula contractus. 50.
Adminiſtratio negotiorum puberis etiam ad res contrahendas pertinet. 81.
Æſtimatoria actio an nominata. 36.
Adventitia jure noviſſimo in collationem non veniunt. 184.
Adoptio, manumiſſio, emancipatio apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, exerceri non potuerunt. 140.
Nec potuerunt apud legatum proconſulis. 138.
Adulterium an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter. Cur de eo tranſigere vetitum quamvis capitale factum. 253. & 254.
Alienandi jus qui non habet, nec obligandi habet, & contra. 81.
Alienationis probibitio conventionalis & teſtamentaria. 87.
Alimentarii tranſactio ſine prætore facta, ſed juramento firmata, an valeat. 242.
Alimentis homini locupleti relictis an tranſactio citra prætoris cognitionem valeat. 239. & 240.
Alimentorum appellatione quid contineatur. 238.
Alimentorum cauſa non ſemper relictum intelligitur, quod in annos ſingulos relinquitur. 239.
Ἀμνηστία 9.
Ἀπόρρητα. 11.

Digitized by Google

Argentariis uſuræ debentur ex nudo pacto . 15.
Argumentatio a conventione nominata ad innominatam non procedit . 43.
Argumentum a pignore generali ad pignus illatorum non procedit . 71.
Argumentum a majori ad minus non procedit in iis, quæ ſunt meri imperii . 122.

B.

BOnæ fidei judiciis exceptiones pacti & doli inſunt . In bonæ fidei judiciis uſuræ etiam ex pacto debentur . 57.
Bona collata fiunt effectu hereditaria , 210.
Bona, quæ filius in poteſtate patri non acquirit, ea emancipatus non confert, quæ ille acquirit, hic confert . 184.
Bona caſtrenſia & quaſi, non conferuntur . 182.
Bonorum poſſeſſionem dare licet ſit voluntariæ juriſdictionis, mandari tamen poteſt . 140.

C.

CApitale crimen quid, & unde dicatur . 246. & 247.
Caſus, quibus procedit tranſactio de alimentis citra prætoris auctoritatem . 243.
Cauſa etiam frivola excludit præſumtionem donationis . 74.
Cauſæ nomine quid veteres intelligant, cum ajunt ex conventione innominata, cui cauſa ſubeſt, actionem naſci. 36. & 37.
Cauſa plerumque pro impleta habetur, cum caſu factum, ut impleri nequeat . 30.
Cauſæ cognitionis prætoriæ an mandari poſſint . 142.
An mandata ſimpliciter juriſdictione tranſeant . 143.
Cautione quomodo collatio fiat . 207. *Quid ſi quis ob inopiam cavere nequeat* . ibid. 206.
Chirographum reddens creditor tacite paciſci videtur, ne petat, 70. *Quid ſi cum duo haberet, unum tantum reddiderit* . 71.
Civilibus cauſis qui præeſt, ex prorogatione de criminalibus cognoſcere non poteſt, & contra . 153.
Civitatibus ex nudo pacto debentur uſuræ . 13.
Codicillis factis etiam olim procedebat collatio, ſive de toto ſive de parte diſponerent . 179.
Codicillis relicto contentus ad collationem non urgetur . 180.
Coercitiones quædam mixto & mero imperio communes . 134.
Cognitio de tranſact. alimentorum non eſt juriſdictionis, ſed ſpecialis conceſſionis . 238.

Co-

Digitized by Google

Cognitio & pronuntiatio ſuper quæſtione ſuſpecti tutoris juriſdictionis eſt. 143.
Collatio quomodo fiat. 205. cum ſeqq.
Collation. definitio vulgata reprehenſa. 164. & 165. *alia ab auctore ſubſtituta & expoſita.* 164. & 165.
Collatio fit deductis impenſis neceſſariis, & ſine uſuris & fructibus. 207.
Collatio fit pro portionibus hereditariis, cum inſigni circa hanc rem diſtinctione ex ratione juris veteris. 207. & 208.
Collationis productio ad donationem propter nuptias, ad nepotes & neptes cum thiis ſuis avo & aviæ ſuccedentes, ad ſucceſſionem ex teſtamento. Ejuſdem juris reſtrictio. 163.
Collatione fungi jure noviſſimo etiam qui diverſo jure veniunt. 174.
Collationi, quæ alias ceſſaret, toties locus eſt, quoties citra eam nimia orietur inæqualitas. 191.
Collationi obnoxia ea ſolum, quæ tempore mortis parentum jam quæſita ſunt conferenti. 196. & 197.
Collatio inter adſcendentes locum non habet, nec inter laterales. 171. & 172.
Collatio interdum officio judicis inducitur. 172.
Collatio olim locum non habuit, ubi unus e filiis inſtitutus, alter exheredatus erat. 173.
Collationis variæ ſignificationes. 161.
Collationis neceſſitas quam ob cauſam primum introducta. 162.
Collationem excludit defuncti voluntas non tantum expreſſa, ſed etiam ex evindentibus conjecturis elicita. 176.
Collationi non eſt obnoxium, quod datum eſt ultra portionem hereditariam. 177.
Commodum ſimul & ex pacto & ex ſtipulatione pœnali ferre æquum non eſt. 217.
Condictio ob cauſam dati perpetuo ſeparatur ab actione præſcriptis verbis. 29.
Conſtitutum; quod pactum honorarium, pro legitimo habendum. 15.
Continens quid. Continentes provinciæ. Continentia urbis ædificia. Ex continenti, ſive in continenti. 52.
Contractus quid. Contractus nominati. 35. cum ſeqq.
Contractuum innominatorum genera. 36.
Conventio de pignore, quæ pactum prætorium, pro legitima habenda. 15.
Conventio gratuita de remittendo legato conditionali an valeat. 96. & 97.
Conventio nuda. 18.
Conventio privata, legitima, 13. *publica.* 8.
Conventio temeraria, ſimulata, jocularis, non meretur nomen conventionis aut pacti. 33.
Conventiones innominatæ, quæ terminos nudi placiti non egrediuntur, non ſunt contractus. Non competit ex his actio ſolo jure conventionis.

 Non

Non poteſt his accommodari formula actionis præſcriptis verbis. Non naſcitur ex his duplex actio, una jure conventionis, altera ex perfectione & ſecundum perfectionem contractus. Oblatio in his non habet vim implementi. 36. cum ſeqq. & 43.
Conventionis nomen generale. 3.
Conventionis vox πολύσημος. Nunquam uſurpatur in ſpecie pro conventione aliqua oppoſita pacto. 21.
Crimen non perimitur abolitione. 251.

D.

Decidere pro tranſigere. 213.
Defenſores civitatis non iidem, qui ſyndici aut curatores civitatis. 221.
Depoſitum aut precarium ante tempus repetens non facit contra obligationem. 44. & 45.
Diſcrimen circa modum conferendi inter jus vetus & novum. 207.
Diviſio juriſdictionis in civilem & criminalem a juris Romani uſu aliena. 116.
Dolus malus eſt, qui poſt fidem datam adhibetur. 11.
Donare pro in peculium dare apud noſtros non inuſitatum. 201.
Donatio ſimplex filio emancipato facta an conferenda. 202.
Donatio ſimplex hodie quorundam moribus confertur. 204.
Donatio uni ex liberis ob ſingulare meritum facta an collationi obnoxia. 193.
Donatio ſimplex quibus caſibus conferatur: regulariter non confertur, non facta filio in poteſtate conſtituto. 199.
Donationis pactum in præſens conceptum eſt conventio legitima. 15.
Dos & donatio propter nuptias quando, & quibus caſibus conferantur. 185.
Dotis pollicitatio pactum legitimum. 15.
Dux belli citra ſpeciale mandatum pacem facere non poteſt. 10.
De quibus rebus recte paciſcatur. 10.

E.

Eccleſiaſtici proprios judices habent. Jure Can. penitus exemti juriſdictioni magiſtratus politici. 156.
Contra in ditionibus fœderati Belgii. 156.
Edictum de pactis pertinet ad conventiones omnes. 4.
Effecta naturalis obligationis pupilli. 81.
Effectus juriſdictionis prorogatæ. 156.
Effectus tranſactionis ſuper crimine capitali factæ. Per hanc tranſactionem non fit præjudicium cauſæ publicæ. Non eadem hujus tranſactionis vis, quæ rei judicatæ. 250.

Eman-

Emancipatus ei ſoli confert, cui aliquid aufert. 166.
Emancipatus quo caſu ad collationem vocetur ex ſententia edicti. 167.
Emancipati ſoli ex edicto ad collationem vocantur. 166.
Emancipati hodie non conferunt, quæ ipſis aliunde quam a patre obvenerunt. 167. *ex teſtamento hereditatem obtinentes ex edicto non conferunt ſuis heredibus* 167. *ex edicto ſibi invicem non conferunt.* 162.
Error in perſona impedit conſenſum. 155.
Exceptione dilatoria oppoſita an tacite prorogata intelligatur juriſdictio. 155.
Exceptio doli ſubſidiaria pacti. 85.
Exceptio fidejuſſori ſemel quæſita an ei adimi poſſit pactione debitoris. 88.
Exceptio per prius pactum quæſita per poſterius non ipſo jure, ſed per replicationem eliditur. 111.
Extraordinariæ juriſdictionis quæ ſunt, mandata juriſdictione non tranſeunt. 140.

F.

Actum in pactis verſari quo ſenſu dicatur. 111.
Falcidia an vivo teſtatore privata conventione remitti queat. 95.
Familiæ ſuſtentandæ gratia data in collationem veniunt. 192.
Fideicommiſſum interdum in contractibus conſtituitur. 87.
Fidei obſervatio eſt ex jure gentium. 11.
Fides data ſervanda etiam hoſtibus, prædonibus, &c. 11.
Fidejuſſoris pactum non prodeſt reo, niſi perſona rei expreſſe comprehenſa. 89.
Fides ſanctiſſimum humani pectoris bonum. 26.
Filiaſ. item filiæ emancipatæ quam dotem quibus conferant. Quid jure veteri hic obtinuerit. 187.
Filiiſ. ex edicto nihil conferunt. 162. *filiaſam. dotem confert ex reſcripto D.Pii*, ibid. &
Filii & ſervi pactum prodeſt patri & domino. 85.
Filio in poteſtate herede inſtituto, & emancipato præterito, ſi emancipatus acceperit contra tabulas, conferre debet, licet frater ex teſtamento hereditatem obtineat, 173. *filio & nepote ex eo heredibus inſtitutis ceſſat collatio.* 174.
Filia ſtatuto a ſucceſſione patris extantibus maſculis excluſa, ſi cum fratribus heres ſcripta ſit, immunis eſt collationis. 178.
Filius non tenetur conferre dotem uxoris ſuæ nec dotem, quam filiæ ſuæ dedit, niſi ad eum reverſa ſit. 188.
Filius tenetur conferre pecuniam, quam ſibi ſtudiorum cauſa miſſam diſſipavit. 192.
Fiſci procurator generalem in cauſis civilibus juriſdictionem habet. 153.
Forma prorogandæ juriſdictionis. 148.
Forma prorogationis de perſona ad perſonam. 154.
Fructus adventitiorum an ab emancipatis conferantur. An horum fructus

perceptì a filiofam. confirendi. 184.
Frugum æſtimatio ſubinde mutatur. 14.
Frumenti mutuo dati uſuræ debentur ex pacto. Ibid.
Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an uſuſructus debeatur. 240.
Furioſorum & mentecaptorum pacta. 77.

G.

GEnus non eſt particeps differentiarum. De ſpecie ſua prædicatur, & non convertitur. 2.
Geometrica æqualitas in collatione ſpectatur. 210.
Gratuita pactio de controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, an valeat citra inſpectionem tabularum. 97. *de alimentis teſtamento relictis ſine prætore.* 97.

H.

HEreditas vendi poteſt & quæ nondum delata eſt, 103. *An pactis conſervari queat.* 104.
Hereditate diviſa non interveniente collatione poteſt nihilominus collatio peti. 188.
Heres ultra portionem hereditariam obligari non poteſt. 176.
Hypothecam inter & pignus quid interſit. 7.

I.

IMperium merum cur ſic dictum. 117. *Quid ſit.* 118. *An condemnatio ad perpetuos carceres ſit meri imperii.* Ibid.
Infans & infantiæ proximus parum a furioſo diſtant: & quibus in cauſis diſpar eorum conditio. 79.
Infantiæ proximi & proximi pubertati comparatio. 80.
Ingreſſus, initium contractus. 53.
Inſtrumento reddito, quo alius quoque obligatus, quid juris. 72.
Intentionem ambiguam pro actore interpretamur. 108.
Interdictio bonorum non juris eſt, ſed juriſdictionis. 78.
Intervallum, ex intervallo. 53.
Invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo tacite ſunt pignori locatori. 69.
Illata in prædium ruſticum non aliter, quam ſi id nominatim convenerit. 69.
Jubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere juriſdictioni adſcribenda, non mixto imperio. 136.
Judici a principe dato etiam juriſdictio mandata intelligitur, 145. *Quæ hujus rei effecta.* Ibid.

Ju-

Judicis dandi licentia ad quam ſpeciem juriſdictionis pertineat. 131.
Judicibus pedaneis male comparantur JC. quos judices ſubalterni hodie fere conſulere ſolent. 142.
Juratæ tranſactionis vis. 269.
Jure gentium mero nulla in civitate vivitur. 27.
Jure naturæ & gentium etiam ex nulla conventione obligamur. 31.
Juriſdictio nulla ſimplex, ſi conſideretur in concreto. 128.
Juriſdictionem qui habet etiam mixtum habet imperium. 137.
Juriſdictionis in genere acceptæ definitio cum exegeſi. 130.
Juriſdictionis autem eſt, non mixti imperii. 134.
Juriſdictio quot modis accipiatur. 129. *Quando tacite prorogata cenſeatur.* 155.
Juriſdictio contentioſa quid, & quæ eo ſpectent. 132. *Voluntaria, & quæ ejus generis.* Ibid.
An ſemper extra provinciam explicari poſſit. 132.
Juriſdictio ordinaria, & quæ eo pertinent. Extraordinaria, & quæ hujus generis. 131.
Jus civile non debet exigi ad mera juris gentium præcepta. 25.
Jus dicere & judicare diverſa. 130.
Jusjurandum omne ſponte præſtitum ſervari debet, ſi non redundet in præjudicium alterius, aut diſpendium ſalutis. 99.

L.

Legata & fideicommiſſa non ſubjiciuntur collationi. 197.
Legatum filio relictum cum pater morietur, an contributioni obnoxium. 197.
Legatus proconſulis propriam juriſdictionem non habet: nec eſt magiſtratus. 138.
Legitimatio non pertinet ad juriſdictionalia. 132.
Legitima conventio. 13.
Legitima pacta & in continenti adjecta diverſo reſpectu & nuda & veſtita dici poſſunt. 46.
Liberatorium pactum ipſo jure naturalem obligationem tollit. 111.
Liberi inter ſe collatione funguntur, quamvis cum his extraneus heres ſcriptus ſit. 176.
Liberi, qui ſunt in adoptiva familia, quando conferant fratribus naturalibus. 169.
Liberi invicem conferunt, etiamſi ex capite unde liberi excluſi ex ſequentibus admittantur. 168.
Liberi ex inferiore ordine venientes, nihilominus jure liberorum ſuccedunt. 169.

Li-

Digitized by Google

Libri a patre filio literis operam navanti ſuppeditati an conferantur. 182.
an dati filio titulum Doctoris adepto. 183.
Libri, inſtrumenta mathematica &c. filio data an collationi ſubjecta. 191.
Locupletior nemo fit ex ſola promiſſione aut ſuſceptione alienæ obligationis. 80.
Lucrum induſtria filii ex re patris partum, an & quatenus conferendum. 196.
Lytron, quod pro filio ab hoſtibus redimendo pater ſolvit, non venit in collationem. Quid ſi ſolverit quid pro filii delicto. 192.

M.

Magiſtratus nullo exiſtente accuſatore in crimen inquirere poteſt. 251.
Magiſtratum non facit quævis juriſdictio, ſed ea, in qua principem locum obtineat. 139.
Magiſtratus ſoli propriam juriſdictionem habent. 138.
Mandare juriſdictionem is ſolus poteſt, qui eam ſuo jure habet. 139.
Mandari juriſdictio non poteſt iis, qui judices eſſe non poſſunt. 140.
Mandata juriſdictio quando intelligatur. Quatenus tranſeat. 140. & 144. cum ſeqq.
Mandata a Principe ejus propria efficitur, cui mandata eſt: & ejus rei effecta. 144.
Mandata juriſdictio quid. 139.
Mandatarius juriſdictionis ſimplex & purus eſt vicarius non magiſtratus. Sententiam, quam dixit, exequi poteſt: judex datus non item.. 139.
Mandator & mandatarius obligantur ſub disjunctione, hic ut mandatum impleat, aut tempeſtive renuntiet, ille ut impleri patiatur, aut revocet. 44.
Matrimoniales cauſæ an tranſactionem admittant. 229.
Matrimonium nobilioris perſonæ conciliandi gratia datum an conferendum. 193.
Matrimonio conſtante ſi de collatione agatur, quid juris. 188.
Merces indicii peti non poteſt ante indicium. 28.
Merum imperium non idem, quod jus vitæ ac necis: nec idem, quod ſummum. 127.
Merum imperium ſuo jure ſolus habet Princeps, magiſtratus nudum ejus exercitium, contraria Azonis ſententia quomodo defendi queat. 127.
Merum imperium mandari non poteſt extra cauſam neceſſariæ abſentiæ. 123. *ne ab eo quidem, cui Princeps cauſam criminalem commiſit.* 124. *Quid in cauſa infirmitatis.* 124. *An delegabile jure Can.* 124. *Quid in toparchis.* 125.
Meri imperii exercitio qua ratione ad bruta quoque animalia extendatur.

tur. 118. *Item ad noxiorum hominum cadavera.* 119.
Meri imperii appellatione contineri etiam jus de criminibus cognoſcendi. 119.
Merum imperium qui olim habuerint. 120. *qui poſt Principem conſtitutum.* 121. *qui apud nos.* 122.
Militiæ verbo quid paſſim apud noſtros ſignificetur. 194.
Militiæ ex caſu nullæ ſunt. 194.
Mixtum imperium an mandari queat. 143.
Mixtum imperium quid ſit, & qua in re a juriſdictione differat. 133.
Mixti imperii diviſio in id, quod juriſdictioni ineſt, & cui ineſt juriſdictio, commentitia eſt. 137.
Mos dandi judices apud Belgas fere exolevit. 147.
Municipales magiſtratus non habent omnes partes mixti imperii. Non poſſunt facere, quæ imperii magis ſunt, quam juriſdictionis. 137.

N.

NAtura contractus. 43.
Negotiationis &c. exercendæ cauſa data certo jure conferuntur. 193.
Nepotes & neptes quando & quibus dotem aut donationem propter nuptias conferre debeant. 186.
Notio quid, & quam varia hujus vocabuli ſignificatio. 128.
Nuda pacta non ſunt contractus: nec legitima aut incontinenti adjecta. 46.
Nudum pactum eſt, cum quis pollicitus eſt emere aut vendere. 41.
Nudum pactum etiam jure Romano obligationem naturalem parit. Aliarum gentium & noſtris moribus ac jure Can. etiam actionem producit. 32.
Nudum pactum quid. 18.
Nudum non eſt vox alienans, ſed diſcernens. 19.
Nudum pactum tam proprie pactum, quam veſtitum. Nudum etiam, quod ſerium? 24.

O.

OBligatio a defuncto cœpta heredibus omnibus acquiritur pro portione hereditaria. 86.
Obligatio naturalis ex pacto, niſi perſonæ qualitas obſtet, eadem effecta jure civili habet, quæ mixta, demta una actione. 110.
Obligationes nudi conſenſus rebus integris ipſo jure contrario nudo conſenſu tolluntur. 113.
Obligationi ſemel ſuſceptæ invito adverſario renuntiare non licet. 44.
Obligationis origo in conventionibus innominatis non a nudo conſenſu, ſed a datione aut facto ad conſenſum accedente proficiſcitur. 40.

Officia, quæ aut vendi poſſunt, aut ad heredes tranſmitti, conferri debent. 195.
Oratio etiam generalis accipienda de his, de quibus actum eſt. 61.
Orationes principum cur etiam ſenatuſconſulta appellentur. 237.
Ordinaria juriſdictionis quæ ſunt, ſola mandari poſſunt. 140.
Ordo naturæ non idem ſemper, qui ſcripturæ. 59.
Ordo judicum in decurias deſcriptorum diſcretus a conſilio centumvirali. 121.

P.

PAciſcens cum malefico qua tali, de remittenda pœna agere cenſetur. 12.
Pacta adjecta traditionibus rerum quid operentur. 58.
Pacta circa adminicula, circa naturam, circa ſubſtantiam contractus. Naturam contractus egredientia. 48.
Pacta circa ſucceſſionem viventis improbata, etiam reciproca: exceptis militum. 100. *an ſtatuto confirmari poſſint.* 102. *an juramento.* 103. *an, quando, & quatenus de hereditate tertii.* Ibid.
Pacta contra jus publicum, vel de ſtatu perſonæ facta non valent. 95.
Pacta ex continenti facta de re, quæ in ſtipulationem deducta eſt, ſtipulatione continentur. 59.
Pacta incontinenti adjecta in bonæ fid. judiciis etiam ex parte actoris inſunt, actionemque pariunt: ex intervallo facta ſoli reo proſunt ad exceptionem. 48.
Pacta appoſita ſtricti juris judiciis a parte actoris non inſunt. 55.
Pacta in perſonam non egrediuntur perſonam paciſcentis. 75.
Pacta in rem. 75. *quibus proſint.* Ibid.
Pacti definitio. 1.
Pacti generali ſignificatione contractus quoque contineri. 2.
Pacti obſcuri vel ambigui interpretatio pro quo facienda. 106.
Pactione an uni ex heredibus conſuli poſſit. 86.
Pactiones ad liberandum comparatæ, item de emendo, permutando, &c. non ſunt contractus. 2.
Pactio, quæ per ſe non valet, an vires accipiat a jurejurando. 99.
Pactum conventum, & pactum figurate pro inſtrumento pacti. 6.
Pactum conventum idem quod pactum ſimpliciter. 5.
Pactum conventum non eſt proprie pactum ſcriptum. 6.
Pactum & pactio idem. 1.
Pactum filii perſonale quatenus proſit patri. 85.
Pactum majoris partis creditorum an & quando aliis noceat. 91. *An & quando abſentib.* 92. *An & privilegiariis & hypothecariis.* 93. *Quid hic noſtris moribus.* 94.

Pactum nudum, licet ſerium, jure Romano actionem non producit. 25.
Pactum nudum non explicationis tantum ſed etiam diſcretionis cauſa dicitur. 19.
Pactum nudum producit obligationem naturalem. 32.
Pactum paſſim pro pacto nudo. 4.
Pactum, quo futuræ ſucceſſioni renuntiatur. 105.
Pactum reale filii aut ſervi quando patri aut domino noceat. 84.
Pactum unius ex correis debendi aliis non prodeſt, niſi ſint ſocii. 89.
Pactum unius ex reis ſtipulandi an alteri noceat. 90.
Pactio an in criminibus non capitalibus prohibita. 256.
Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia ineuntur. 44.
Patris pactum quando & quatenus filio proſit. 85.
Patris tranſactio de bonis filii an & quatenus procedat. 222.
Peculii filiorumfam. diſtinctio. 181.
Permutatio an contractus nominatus. 36.
Perſonale pactum rei an hodie proſit fidejuſſori. 76.
Pignore altero & ſimpliciter reddito, videtur vinculum pignoris remiſſum. 71.
Pignus remittere videtur creditor reddens chyrographum. 71.
Placiti fine ſtare quid. 23.
Pollicitatio. 5.
Poteſtas cognoſcendi de cauſa civili cur ſola juriſdictionis nomen acceperit. 117.
Pœna de crimine non capitali poſt lit. cont. tranſigentium. 257.
Prædones communionem habent juris naturæ. 12.
Præfectus urbi cujus rei cauſa creatus. 121.
Præfecti prætorio officium ut variaverit. 122.
Præſcriptione an acquiratur juriſdictio. 158.
Præſes provinciæ jus deportandi non habuit. 122.
Prætor non idem, qui judex quæſtionis. 121.
Prætoris tutelaris juriſdictio ad alias cauſas prorogatione extendi non potuit. 153.
Præſcriptis verbis actio non datur, niſi ex contractu. 39.
Præſcriptis verbis actio poteſt concurrere cum alia, licet vulgari & bonæ fidei. 64.
Prætori in tranſactione alimentorum examinanda. 242.
Prætor pacta ſervat data actione aut exceptione. 4.
Prætor pro tribunali de tranſactione alimentorum cognoſcere debet. 237.
Princeps pacem faciendo privatorum injurias per cauſam belli acceptas remittere poteſt, contrahendo cum ſubditis privatorum jure utitur. 9.
Procurator Cæſaris tranſigere omnino non poteſt. 221.

Procuratoris pactum prodeſt domino ad exceptionem doli. 86.
Procuratoris pactum quando nocet domino. 84.
Prodigi cum minore collatio. 78.
Prodigi & furioſi ſimilitudo & diſſimilitudo. 78.
Prodigo an bonis interdicatur ipſo jure, an decreto magiſtratus. 78.
Promiſſio impunitatis aut præmii facinus aliquod detegentibus ſervanda. 12[illegible]
Propria juriſdictio quid, & qui eam habeant. 138.
Propria juriſdictio quibus modis finiatur. 158.
Prorogandæ juriſdictionis modus de loco ad locum veteribus incognitus. 150.
Prorogari an poſſit juriſdictio mandata. 149.
Prorogari an ita juriſdictio poſſit, ut judex quolibet loco in ſuo territorio jus dicat. 151.
Prorogatio de tempore ad tempus an veteribus cognita. 151.
Prorogatio de re ad rem, & quæ ad eam neceſſaria. 152.
Prorogata juriſdictio quid, & quo colore ſuſtineatur. 148.
Prorogata juriſdictio quando finiatur, quando mandata. 157.
Prorogatio fieri non poteſt in rebus diverſi generis. 153.
Prorogatio de perſona ad perſonam. 154.
Prorogationi non eſt locus niſi inter eos, qui communi imperio ſubjecti. 148.
nec in diverſis magiſtratibus, qui ſimul ſunt domini territorii. Ibidem.
In prorogatione ſolus partium conſenſus requiritur. Eum, in quem conſenſum eſt, aliquam juriſdictionem habere debere. 149.
Prorogatio quando procedat, ſi de aliis cauſis judex aditus ſit, quam quibus præfectus eſt. 153.
Pubes curatorem habens an ex contractu ſine curatore obligetur. 81. & 82.
Pupillus pubertati proximus an ex contractu ſine tutore inito naturaliter obligetur. 81.
Pupillus licet pubertati proximus, ſine tutore non recte tranſigit. 80.

Q.

Quantitatis ad quantitatem prorogatio. 153.
Querela inofficioſi teſtamenti a defuncto omiſſa ab herede inſtaurari non poteſt. 178.
Quomodo quo effectu ſe quis ſubjiciat juriſdictioni alicujus, & quid hic apud Batavos. 154.

R.

Reges Siciliæ, Neapolis &c. Duces &c. Germaniæ, veros eſſe principes, jura regalium habentes. 124.
Repudiationis & pacti differentia Noſtris moribus inſuper habetur. 97.
Res dubia in cauſa tranſactionis quæ dicatur. 215.
Res geri cœpta a delegato quando dicatur. 157.
Res quomodo collatio fiat. 205.
Res ipſa, de cujus collatione agitur, an in ſpecie conferenda. Quid ſi alienata ſit. Quid ſi rei ipſius collatio conferenti damnoſa, aut coheredum nihil interſit rem ipſam conferri. 205. & 206.
Reſtitutio in integrum eſt juriſdictionis, ſed eminentioris cujuſdam. 136.
Revocatione finitur juriſdictio mandata. 157.
Reus criminis capitalis quovis tempore impune tranſigit. 248.
Reus tranſigens de crimine non capitali pendente judicio an habeatur pro condemnato. 257.

S.

Saltus hiberni & æſtivi certis temporibus relinqui ſolent. 56.
Scriptura interveniens non efficit, ut pactum deſinat eſſe nudum. 18.
Socius ſocio ſocietatem renuntians non renuntiat conſtitutæ obligationi. 45.
Speciei tota eſſentia non eſt in genere. 3.
Stipulatio an ſit conventio legitima. 16.
Studioſorum libri illati an legem taciti pignoris ſequantur. 70.
Subſtantia contractus & natura contractus an ſemper idem. 50.
Succeſſionem non affectans ad collationem urgeri non poteſt. 208.
Sui nec inter ſe, nec emancipatis ex edicto conferunt. 173.
Sumtus præter dotem &c. facti an conferendi, an facti a patre ſtudiorum filii gratia. 190.
Quando hi ſumtus patre mortuo ad commune onus pertineant. 190.
Sumtus pro filio facti dignitatis conſequendæ gratia non conferuntur. 194.
Supremæ poteſtatis eſt leges condere, bellum indicere &c. non meri imperii. 127.

T.

Tacitum pignus illatorum an locum habeat in bonis minorum illatis ſine conſenſu curatoris. 70.
Teſtamento facto olim non procedebat collatio, niſi id per bonorum poſſeſſionem cont. tab. everſum eſſet, an idem teſtamento per querelam reſciſſo. 179.

Trans-

Digitized by Google

Tranſactio an licita in crimine majeſtatis & parricidii. 252. *Quid ſi delictum tale ſit, quod ordinarie pœna mortis non punitur, ſed cujus pœna ex circumſtantiis ad mortem uſque extendi poſſit.* 253.

Tranſactio de controverſiis ex teſtamento deſcendentibus non procedit, ſine inſpectione teſtamenti. 231. *Quid ſi facta tranſactio ſine clauſula* cognitis verbis &c. 233. *Quid ſi quæſtio nata ex teſtamento nuncupativo.* 233. *Quid ſi tranſigentes inſpectioni renuntiaverint. Quid ſi huic renuntiationi acceſſerit jusjurandum.* 233. & 234. *An ſufficiat generalis renuntiatio ſaltem jurata.* 234.

Tranſactio per calumniam expreſſa non valet. 225.

Tranſactio nulla niſi de re dubia. 224.

Tranſactio quomodo & quo effectu fiat per contractum innominatum. Quomodo & quo effectu per ſtipulationem Aquilianam. Per ſtipulationem ſimplicem. Per conventionem ſubjecta ſtipulatione pœnal. 215. & ſeqq.

Tranſactio ſuper inſtrumento guarantigiato, poſt rem jurejurando deciſam, poſt confeſſionem judicialem interpoſita an valeat. 228.

Tranſactio in caſu ſanguinis permiſſa, & tam actori, quam reo. 247.

Tranſactionis nuda conventione facta quæ vis. 215.

Tranſactio de raptu an licita. An de ſtupro. An de inceſtu. 255.

Tranſactio de crimine non capitali probibita. 256.

Tranſactio an licita in privatis criminibus. 258.

Tranſactio neque contractus proprii nominis, neque contractus ſpecies. 36.

Tranſactio patris de bonis filii immobilibus an procedat ſine decreto. 222.

Tranſactionis definitio. 213.

Tranſactionis & pacti diſcrimen. 214.

Tranſigere an liceat de crimine falſi. 259.

Tranſigere de alimentis præteritis abſque prætore licet, non de futuris ſuprema voluntate relictis, & quid ſi ex conventione debeantur. 236. cum ſeqq.

Tranſigi non poteſt de re judicata. Quid ſi ſententia jure non ſubſiſtat. Quid ſi ab ea appellatum, aut appellari poſſit, aut in dubium vocetur, an judicatum. Quid ſi in integrum reſtitutio impetrata aut poſtulata, ubi quædam notabilia in praxi. 225. cum ſeqq.

Tranſigi non poteſt ſuper crimine fuſtigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente. 251.

Tutoris & curatoris pactum quando noceat pupillo vel adulto. 85.

Tutoris & curatoris pactum prodeſt pupillo, adulto &c. 86.

Tutoris datio non eſt juriſdictionis proprie acceptæ & ordinariæ. 131.

Tutoris dandi poteſtas mandata juriſdictione non tranſit. 143.

Va-

Digitized by Google

V.

VAſallus de feudo tranſigere an poſſit inconſulto domino. 223.
Verbi tranſigere varius uſus. 212.
Victus verbo quid contineatur. 238.

U.

Vſura pecuniæ trajectitiæ debentur ex pacto. 13.

FINIS.

2512206 D

Digitized by Google

Digitized by Google

B. 17.4.48
BNCF
Digitized by Google